Die Geschichte des Legalitätsprinzips

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwig-Universität zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Adolf Hertz
Referendar aus Flensburg

Großbetrieb für Dissertationsdruck von Robert Noske in Borna-Leipzig
1935

Referent: Professor Dr. Kern

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen

Meinen Eltern

Inhalt.

Literatur.

Aschrott, Reform des Strafprozesses. Kritische Besprechung der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge. Berlin 1906 (zit. Aschrott).
Aulus Agerius, in Preuß. Jahrb. Bd. 81 (1895) S. 1 ff.
v. Bar, Kritik der Prinzipien im Entwurf, Berlin 1873.
Becker, Die Reichsabgabenordnung vom 13. Dez. 1919, Berlin 1922.
Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928.
Bender, Zur Wertung der VO. vom 4. Jan. 1924, JW. 1924 S. 1651 ff.
Bennecke, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 2. Aufl., Breslau 1900.
Berndt, in MonSchrKrimPsych. 20. Jahrg. (1929) S. 520 ff.
Bernsdorf, Die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch die §§ 153, 154 StPO., 1930.
v. Bertrop, Die Staatsanwaltschaft nach der thüringischen Strafprozeßordnung, GS. 4. Jahrg. Bd. 1 (1852) S. 152 ff.
Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses, Leipzig 1827.
— Beitrag zu der Theorie des neuen Kriminalprozesses, GS. 7. Jahrg. Bd. 1 (1855) S. 408 ff.
Bierling, Strafrechtsverhältnis und Strafprozeßrechtsverhältnis, ZStrW. Bd. X (1890) S. 251 ff.
Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. I, Leipzig 1885.
— Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl. Bd. 1, Leipzig 1890.
v. Birkmeyer, Zur Reform der Strafprozeßordnung, DJZ. 14. Jahrg. (1909) Sp. 1049 ff.
— Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
v. Bomhard, Reform des Strafprozesses, Recht, 9. Jahrg. (1905) S. 419 ff.
Bornhak, Zur Reform des Strafprozesses, ZStrW. Bd. 19 (1898) S. 64 ff.
Brettner, Die beabsichtigte Erweiterung der Privatklage, GoltdArch. 43 (1895) S. 342 ff.
Buchner, Über das Erkennen eines deutschen Strafverfahrens in den neueren deutschen Einzelgesetzgebungen über Strafverfahren, GS. X (1858) S. 144 ff.
Bumke, Die Neuordnung der Strafgerichte und des Strafverfahrens, JW. 1920 S. 225 ff.
— Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Jan. 1924, Berlin 1924.
Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Breslau 1932.
Clemens, Justus, Strafrecht und Politik, Berlin 1898.
Coenders, Zur Auslegung des § 346 StGB., ZStrW. Bd. 35 (1914) S. 874 ff.

Coenders, Der Strafantrag und die Privatklage des Nichtverletzten, Stuttgart 1915.
v. Daniels, Grundsätze des Rheinischen und Französischen Strafverfahrens, Berlin 1849.
Danner, Staatsanwaltschaftlicher Verfolgungszwang und Klageerzwingungsverfahren im geltenden Recht, 1929.
Delaquis, Bericht über die außerordentliche Tagung der JKV. behufs Stellungnahme zu dem Entwurf der Strafprozeßordnung, ZStrW. Bd. 19 (1909) S. 435 ff.
Delius, Zur Strafprozeßreform, Jurist. Literaturblatt Bd. 17 (1905) S. 149 ff.
Dietz, Hans, Die Anklageerzwingung, strafrechtliche Abhandlungen Heft 325, Breslau-Neukirch 1933.
Dietz, Heinrich. Gesetz betr. Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit vom 17. Aug. 1920, Münster i. W. 1920.
Dietz, Gutachten zum 29. Juristentage über die Frage: Bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung und bejahendenfalls in welcher Richtung? Verh. d. 29. JT. (1908) Bd. III S. 51 ff.
Dittenberger, Die Strafrechtsgruppe des Deutschen Anwaltvereins zur Reform des Strafprozesses und des materiellen Strafrechts, JW. 1924 S. 1653 ff.
v. Dochow, Beteiligung des Verletzten bei dem Verfahren, v. Holtzendorffs Hdb. des deutschen Strafprozeßrechts Bd. II S. 353 ff., Berlin 1879.
Dohna, Graf zu, Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1925.
— Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein. Verh. d. 35. JT. (1928) Bd. I S. 129 ff.
Drucker, Neuester und allerneuester Strafprozeß, JW. 1924 S. 241 ff.
Dürr, Zur Reform des Strafprozesses, DJZ. 1928 Sp. 1434 ff.
Ebermayer, in JW. 1919 S. 559 ff.
— Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, JW. 1920 S. 237 ff.
— Richter und Staatsanwalt, DRZ. 1929 Sp. 45 ff.
Elling, Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 131, Breslau 1911.
Exner, Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW. 1934 S. 1 ff.
Feisenberger, Die Staatsanwaltschaft im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Stier-Somlo) Bd. 5 (1928) S. 619 ff.
— Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafprozesses in Aussicht zu nehmen sein? DJZ. 1928 Sp. 1232 ff.
— Inwieweit bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung? Verh.d.29.JT. Bd. V S. 457 ff.
Fleischhauer, Die Strafprozeßreform auf dem Deutschen Juristentage, JW. 1924 S. 1653.
Franck, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl., Tübingen 1931.
Frey, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich, Erlangen 1850.
Freydorf, Über die Organisation der Staatsanwaltschaft, Verh. d. 5. JT. (1864) Bd. I S. 119 ff.

Friedländer, Gestaltung des Privatklageverfahrens, bei Aschrott S. 578 ff.
Fuld, Gestaltung des Privatklageverfahrens, bei Aschrott S. 601 ff.
Galli, Zur Reform des Strafprozesses, DJZ. 1903 S. 377 ff.
Geib, Geschichte des römischen Criminalprozesses, Leipzig 1842.
— Die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848.
Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927.
Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.
Glaser, Gesammelte kleinere juristische Schriften, I. Teil: Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozeß, 2. Aufl., 1883 (zit. Glaser, Kl. Schr.).
— Das Prinzip der Strafverfolgung, Kl. Schr. S. 523 ff.
— Replik wider Freiherrn v. Groß, Kl. Schr. S. 539 ff.
— Zur Entstehung der österreichischen Strafprozeßordnung vom Jahre 1873, Kl. Schr. S. 743 ff.
— Handbuch des Strafprozesses, 2 Bde., Leipzig 1883.
Gleispach, Graf, Inwieweit bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung? Verh. d. 5. JT. Bd. V S. 435 ff.
Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1874.
Goldschmidt, Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich, GoltdArch. Bd. 67 (1919) S. 179 ff.
— Die Reform des Strafverfahrens, JW. 1919 S. 66 ff.
— Die Neuordnung der Strafgerichte und des Strafverfahrens, JW. 1920 S. 230 ff.
— Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? DJZ. 1928 Sp. 1137 ff.
Goyet, Le ministère public, Paris 1926.
Grebe, Verfolgung oder Nichtverfolgung von Übertretungen nach § 153 Abs. 1 StPO., GoltdArch. Bd. 72 S. 81 ff.
v. Groß, Gutachten zum Antrage des Rechtsanwalts Lewald, Verh. d. 2. JT. (1861) Bd. I S. 129 ff.
Haager, Über die Stellung und Aufgaben des Staatsanwalts im Strafverfahren, GS. 11. Jahrg. S. 350 ff.
Haeberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen, Greifswald 1852.
Hagemann, Die Zukunft der Staatsanwaltschaft, DJZ. 1929 S. 1384 ff.
— Über § 153 StPO., JRsch. 1929 S. 116 ff.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl., hrsg. von Stegemann, 2 Bde. Berlin 1885/86 (zit. Hahn).
Hartmann, Die Anklagebehörden im künftigen Strafprozeß. ZStrW. Bd. 25 (1905) S. 801 ff.
Hartung, Die VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, Recht Bd. 28 (1924) Sp. 101 ff.
— Das Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, JRsch. 1929 S. 123 ff.
— Reform des Strafverfahrens nach dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, JW. 1930 S. 2498 ff.
Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes, 6. Aufl., Braunschweig 1857.
Heine, Gegen den Anklagezwang, Soz. Monatshefte 1909 S. 481 ff.
Heinemann, Legalitätsprinzip, Soz. Monatshefte 1915 Bd. II S. 780 ff.

Heinze, Strafprozessuale Erörterungen, Beiträge zur Kritik der dem Reichstag vorliegenden Entwürfe einer StPO. und eines GVG., Stuttgart 1875.
— Dispositionsprinzip und Offizialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform, GoltdArch. Bd. 24 (1876) S. 265 ff.
Hélie, Faustin, Traitè de l'Instruction Criminelle, Tome II, Paris 1846.
Henkel, Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW. 1934 S. 35 ff.
Hermann, Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer, 2. Aufl., Heidelberg 1836.
Herrnstadt, Straflosigkeit strafbarer Handlungen nach § 153 StPO., Breslau 1929.
v. Hippel, R., Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStrW. Bd. 41 S. 325 ff.
Höchster, Lehrbuch des französischen Strafverfahrens, Bern 1850.
Hoehl, Das „Absehen von Strafe" in den Strafgesetzentwürfen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, GS. 91 (1925) S. 147 ff.
Höpfner, Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip, GoltdArch. Bd. 57 (1910) S. 278 ff.
v. Holtzendorff, Die Reform der Staatsanwaltschaft, Berlin 1864.
— Kann die Privatanklage in weiterem Umfange als für Beleidigungen in das deutsche Strafverfahren eingeführt werden? Verh.d. 12. JT. (1874) Bd. I S. 64 ff.
— Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2 Bde., Berlin 1879.
— Opportunitätsprinzip, in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. II, 3. Aufl., Leipzig 1881, S. 953 ff.
Holzinger, Die Schwurgerichte in Württemberg, Stuttgart u. Tübingen 1849.
Hye-Glunek, Die leitenden Grundsätze der österreichischen Strafprozeßordnung vom 29. Juli 1853, Wien 1854.
v. Jagemann, 6 Gebote für die öffentlichen Ankläger, GS. 1849 Bd. II S. 214 ff.
John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 2, Erlangen 1888.
Kamps, Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafprozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung der Nachkriegsbestimmungen. 1930.
Kantorowicz, Strafprozeßreform, Soz.Monatshefte 1924 S. 333 ff.
— Studien zum altitalienischen Strafprozeß. ZStrW. 1924 S. 97 ff.
Keller, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, Wien 1866.
Kern, Der gesetzliche Richter, Berlin 1927.
— Der Einfluß der Strafrechtsreform auf Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JW. 1930 S. 2670 ff.
Kersebaum, Die Strafverfolgungspflicht des Staatsanwalts im geltenden Recht unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips, Borna-Leipzig 1906.
Kitzinger, Um das Legalitätsprinzip, GoltdArch. 72 S. 281 ff.
Klann, Staatsanwalt und Kriminalpolizei, DRZ. 1929 Sp. 96 ff.
— Die Stellung des Verletzten nach § 153 StPO. im geltenden Recht und nach dem ADStGB., JRsch. 1930 S. 140 ff.
— Soll die Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft aufgegeben werden? DJZ. 1930 Sp. 1006 ff.

Köhne, Das Strafverfahren gegen Jugendliche, bei Aschrott S. 624 ff.
Köstlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, Tübingen 1849.
Kohlrausch, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin und Leipzig 1930.
v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.
Kronecker, Zur Reform des Strafprozesses, DJZ. 1909 Sp. 290 ff.
Kulemann, Zur Reform des Strafprozesses und der Gerichtsverfassung, GS. Bd. 51 (1895) S. 81 ff.
Lang, Strafprozeßreform, in Soz. Monatshefte 1908 Bd. 3 S. 1562 ff.
Legraverend, Traité de la Législation Criminelle, Nouvelle édition Bd. I, Bruxelles 1839.
Leue, Historischer Beitrag zur Beantwortung der Frage: In wessen Namen wird die Anklage erhoben? GS. 1851 Bd. II S. 183 ff.
v. Lilienthal, Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, ZStrW. Bd. 29 (1909) S. 189 ff.
Lippert, Ursprung, Entwicklung und Werth der französischen Staatsanwaltschaft, GS. Jahrg. 1 Bd. 2 (1849) S. 60 ff.
Lobe, Zur Würdigung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Jan. 1924, DJZ. 1924 Sp. 81 ff.
— Zur Reform des Strafprozesses, GS. 96 (1928) S. 37 ff.
— Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? Verh. d. 35. JT. (1928) Bd. 2 S. 562 ff.
Löffler-Lorenz, Die Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873, 12. Aufl., Wien 1909.
Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Aufl., Berlin 1879; (Löwe-Hellwig-Rosenberg) 19. Aufl. 1934.
Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Bd. 1, Berlin 1902.
— Einzelne Betrachtungen zur Reform des Strafprozesses, ZStrW. Bd. 35 (1914) S. 155 ff.
Ludwig, Die Idee der Strafpflicht im Strafrecht, GS. 99 (1930) S. 130 ff.
Mannheim, Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes, JW. 1924 S. 1646 ff.
— Der strafprozessuale Gehalt des „Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz", JW. 1929 S. 2673 ff.
Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens, 1824.
Mayer, Das Strafverfahren im Großherzogthum Baden nach dem Gesetz vom 5. Febr. 1851, Freiburg 1852.
Mettgenberg, Deutsches Auslieferungsgesetz, Mannheim 1930.
Mittermaier, C. J. A., Der deutsche Strafprozeß, verglichen mit dem auf Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprinzip gebauten Verfahren mit Prüfung der neuesten Ergebnisse der Strafprozeßgesetzgebung, ArchCrimR. Neue Folge 1842 S. 61 ff., S. 259 ff., S. 424 ff.
— Das deutsche Strafverfahren, 2 Bde., Heidelberg 1845 (zit. Mittermaier, Lehrb.).
— Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht, Stuttgart und Tübingen 1845.

Mittermaier, C. J. A., Die Gesetzgebung über die Voruntersuchung in ihrem Verhältnis zu den geforderten Grundlagen des Strafprozesses, ArchCrimR. Neue Folge Jahrg. 1849 S. 177 ff.
— Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen 1856.
— Die Staatsanwaltschaft, der gegenwärtige Standpunkt der Erfahrungen und Ansichten über ihre Stellung, GS. 1858 S. 161 ff. und S. 267 ff.
Mittermaier, Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage, bei Aschrott S. 147 ff.
Möhl, in Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Neue Folge Bd. 1, 1844.
Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Nagler, Zur Einschätzung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Jan. 1924, GS. 90 (1924) S. 398 ff.
Negidius, Numerius, Aulus Agerius und die Preußische Staatsanwaltschaft, Preuß.Jahrb. Bd. 83 (1896) S. 97 ff.
Oellrich, Die III. Notverordnung und das Legalitätsprinzip, GoltdArch. 76 (1932) S. 208 ff.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927.
Oppenhoff, Die preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen, Berlin 1860.
Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, Jena 1858.
— Staat und Gesellschaft in der Strafrechtspflege, GS. Bd. 47 (1892) S. 282 ff.
— Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. 49 (1894) S. 264 ff.
v. Pestalozza, Graf, Die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924, JW. 1924 S. 286 f.
Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857.
Platner, Der Prozeß und die Klagen bei den Attikern, II. Teil, Darmstadt 1825.
Preiser, Das Legalitätsprinzip und die Reform der Reichsstrafprozeßordnung, in Festschr. der Juristischen Gesellschaft zu Frankfurt a. M. für Carl Hagens S. 62 ff., Frankfurt 1906.
— Die Stellung der Staatsanwaltschaft in den Entwürfen zur Neuordnung unseres Strafverfahrens, in ZStrW. Bd. 41 (1920) S. 373 ff.
Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Leipzig 1881.
Puchta, Der Inquisitionsprozeß, Erlangen 1844.
Richter, Die Entwicklung des Legalitätsprinzips, Uelzen 1925.
Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, Berlin 1909.
Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.
v. Savigny, Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung, GoltdArch. Bd. 7 S. 578 ff. (1859).
Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927, Mannheim 1927.
Schäfer-Wagner-Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, Berlin 1934.

Schmidt, Albert, Die Stellung der Staatsanwaltschaft nach dem Entwurf eines EGStGB., JR. 1929 S. 245 ff.
Schmidt, Richard, Staatsanwalt und Privatkläger, Leipzig 1899.
— Die Herkunft des Inquisitionsprozesses, Freiburg 1902.
— Strafgerichtsverfassung und Strafverfahren nach dem Entwurf des EGStGB., GS. 99 (1930) S. 1 ff.
Schmidt-Ernsthausen, Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage, bei Aschrott S. 162 ff.
Schmitt, Die Staatsanwaltschaft im französischen Strafprozesse, GS. I. Jahrg. Bd. I (1849) S. 276 ff.
v. Schwarze, Die Stellung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft, GS. Jahrg. 11 (1859) S. 3 ff.
— Die Reform der Staatsanwaltschaft, GS. 16. Jahrg. (1864) S. 401 ff.
— Bericht in Verh.d.2.JT. (1861) Bd. 1 S. 241 ff.
— Commentar zu der deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1878.
— Strafgerichtsverfassung des Deutschen Reiches, in Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts Bd. 2 S. 531 ff.
v. Seckendorff, Gutachten über den Antrag des Rechtsanwalts Lewald, Verh.d.2.JT. (1861) Bd. I S 175 ff.
Seuffert, Die Strafprozeßnovelle, DJZ. S. 85 ff. (1896).
— Die Bewegung im Strafrecht während der letzten 30 Jahre, in Jahrbuch der Gehe-Stiftung Bd. 12 (1901) S. 75 ff.
Siegert, Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW. 1934 S. 14 ff.
Simonson, Die Strafprozeßnovelle, DJZ. 1896 S. 114 ff.
v. Simson, Die Ziele der Strafprozeßreform in rechtsvergleichender Darstellung, DJZ. 1909 S. 183 ff.
Sontag, Zum Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, GoltdArch. Bd. 68 (1920) S. 321 ff.
Spaeth, Die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts nach § 146 des GVG., Leipzig 1934.
v. Staff, Zur Strafprozeßreform, DRZ. 1924 S. 33 ff.
Steinbeck, Die Strafprozeßreform und die Staatsanwaltschaft, DJZ. 1924 Sp. 506 ff.
v. Stemann, Über die Fortbildung des Instituts der Staatsanwaltschaft in GoltdArch. Bd. 8 (1860) S. 41 ff.
Stenglein, Erscheint es angemessen, die prinzipale Privatklage ... auszudehnen? Verh.d.19.JT. (1888) Bd. II S. 249 ff
— Kommentar zur Strafprozeßordnung, München 1898.
— Die Reform des Strafprozesses, DJZ. 1903 S. 10 ff.
— Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, 5. bearbeitete Aufl. Bd. 1, 1928.
Sundelin, Die gegenwärtigen Reformwünsche für das deutsche Strafverfahren, GS. 1860 S. 19 ff.
— Die praktischen Fälle, wo das sonst begründete Einschreiten des Staatsanwalts aus Nützlichkeitsgründen unterbleiben kann. GS. 14. Jahrg. 1862 Bd. 1 S. 357 ff.
Temme, Über die Fortschritte in der Revision der Preußischen Gesetzgebung über das Strafverfahren. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, N. F. Bd. 1 (1844) S. 307 ff.
— Grundzüge eines Deutschen Strafverfahrens, Arnsberg und Hamm 1850.

Terfloth, Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Polizeistrafrecht in Preußen, Münster 1918.
Thierack, Grundzüge eines nationalsozialistischen Strafprozesses unter besonderer Berücksichtigung des Ergebnisses der Arbeiten des Ausschusses für Strafprozeßrecht der Akademie für Deutsches Recht, Ztschr. d. Akad. f. D. Recht 1935 S. 94 ff.
Thiersch, Zur Reform des Strafprozesses, GoltdArch. 51 (1904) S. 162 ff.
— Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage, bei Aschrott S. 162 ff.
v. Tippelskirch, Beiträge zur künftigen Strafprozeßordnung für Preußen, GoltdArch. 1854 S. 23 ff., 313 ff. und 447 ff.
Tjaben, Zur Strafprozeßrechtsnovelle, DJZ. 1896 S. 442.
Ullmann, Lehrbuch des österr. Strafprozeßrechts, 2. Aufl., Innsbruck 1882.
— Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.
— Inwieweit bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung? Verh.d.29.JT. (1908) Bd. 1 S. 63 ff.
Wach, Die Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und der Entwurf einer Strafprozeßordnung, DJZ. 1909 Sp. 9 ff.
Wachsmuth, Hellenische Altertumskunde, II. Teil 1. Abt., Halle 1829.
Wahlberg, Kritik des Entwurfs, Wien 1873.
Warnkönig-Stein, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. III: Strafrecht und Prozeß, Basel 1846.
Weber, Staatsanwaltschaftliche Geschäftsführung und liberale Strafrechtspflege, Deutsche Strafrechtszeitung 1920 Sp. 342 ff.
Weeber, Die Staatsanwaltschaft in Österreich, GS. 5. Jahrg. Bd. II S. 96 ff.
Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2 Bde., Göttingen 1861.
Zumpt, Der Kriminalprozeß der römischen Republik, Leipzig 1871.
Zwickel, Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes durch § 153 StPO., Zoppot 1932.

Einleitung.

Das Legalitätsprinzip ist eines der leitenden Grundsätze des heutigen Strafprozesses. Seine gesetzliche Anerkennung hat es im § 152 Abs. 2 StPO. gefunden. Der Begriff „Legalitätsprinzip", von v. Groß im Jahre 1861 auf dem zweiten Deutschen Juristentage[1]) in die Strafprozeßrechtswissenschaft eingeführt, steht heute fest[2]). Positiv bedeutet das Legalitätsprinzip die Pflicht der Staatsanwaltschaft und damit des einzelnen Beamten dieser Behörden, jede gegen eine materiellrechtliche Strafrechtsnorm verstoßende Handlung zur strafgerichtlichen Verfolgung zu bringen, wenn genügende tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sind. Negativ ist der Inhalt des Legalitätsprinzips das Verbot für die Staatsanwaltschaft, ihr zur Kenntnis gelangte strafbare Handlungen aus Zweckmäßigkeitsgründen unverfolgt zu lassen. Damit ist zugleich das Wesen des Opportunitätsprinzips gekennzeichnet[3]), unter dessen Geltung es der Staatsanwaltschaft zusteht, aus nichtstrafrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen, also aus politischen, fiskalischen oder sonstigen Rücksichtnahmen auf öffentliche Interessen heraus von der Strafverfolgung ihr bekannter strafbarer Handlungen Abstand zu nehmen.

Die Pflicht der Staatsanwaltschaft nach dem Legalitätsprinzip zum Tätigwerden erstreckt sich auf die Vornahme von Ermittlungshandlungen zur Überführung des Gesetzesbrechers, auf die Erforschung des Sachverhalts und Sammlung der erheblichen Beweismittel und schließlich auf die Erhebung der öffentlichen Klage. Die Verpflichtung zum Einschreiten wird beim Vorliegen folgender drei Voraussetzungen ausgelöst: 1. Es muß eine gerichtlich strafbare Handlung vorliegen. 2. Diese Handlung muß verfolgbar sein, d. h., es darf die Verurteilung des Täters nicht aus Gründen ausgeschlossen sein, die der Gesetzgeber besonders vorsieht[4]). 3. Es müssen endlich ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sein.

---

[1]) Verh. d. 2. JT. Bd. I S. 137.

[2]) Löwe-Rosenberg S. 519; Bennecke-Beling S. 274; Beling S. 32; Birkmeyer S. 69; Gerland S. 158; Graf zu Dohna, Lehrb. S. 59; v. Kries S. 266 ff.; Rosenfeld S. 44; Ullmann, Deutsches Strafprozeßrecht S. 212/13.

[3]) Der Ausdruck „Opportunität" findet sich zum ersten Male bei Glaser, Prinzip der Strafverfolgung, Kl.Schr. S. 533 (1860).

[4]) Z. B. im heutigen geltenden Recht: Fehlen eines Strafantrags; Art. 1 § 2 Abs. 3 des Ges. gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei vom 20. 12. 1934.

A. Das Legalitätsprinzip in der Zeit bis zur Einführung des Instituts der Staatsanwaltschaft in Deutschland.

I. Dem Legalitätsprinzip entsprechende Institutionen im römischen, älteren deutschen, kanonischen und gemeinen deutschen Strafverfahren.

Die Untersuchungen der Geschichte des Legalitätsprinzips setzen bei den Schriftstellern, die sich bisher damit befaßt haben[1]), zeitlich da ein, wo das Institut der Staatsanwaltschaft im Prozeß erscheint[2]). Nach ihrer Ansicht kann das Legalitätsprinzip seinen geschichtlichen Ursprung nur dort haben, wo es eine Staatsanwaltschaft als öffentliche Anklagebehörde gibt, da das Legalitätsprinzip eine solche begriff-

---

[1]) Richter S. 1 ff.; Kersebaum S. 1 ff.; Preiser, Das Legalitätsprinzip und die Reform der Reichsstrafprozeßordnung, in Festschr. für Carl Hagens S. 64 ff., Frankfurt 1906.

[2]) Eine etwas abweichende Ansicht vertritt Kamps S. 12: Das Legalitätsprinzip, so wie es gesetzlich festgelegt sei, sei das Ineinandergreifen zweier Auffassungen, deren jede einzeln für sich bis in die frühesten Zeiten zurück um eine selbständige Existenz gekämpft habe: Indem der Richter erst auf erhobene Anklage tätig werde, spiegele sich das Anklageverfahren, indem der vom Staat eingerichteten Strafverfolgungsbehörde die Pflicht zum Einschreiten auferlegt sei, spiegele sich das Inquisitionsverfahren wider. So sage Rosenfeld (S. 41): „Das Resultat der neueren Erscheinung ist: wir haben den Anklageprozeß aufgenommen, aber zugleich den wertvollen Kern des inquisitorischen Verfahrens gewahrt." Sowohl die Berufung auf Rosenfeld, wie auch die Ansicht selbst sind unrichtig. Wenn Rosenfeld vom Resultat der neueren Entwicklung spricht, so hat er nicht das Legalitätsprinzip, sondern das ganze System der heutigen Strafverfolgung im Auge. Das Legalitätsprinzip ist denn auch garnicht das Resultat des Anklageprozesses und des Inquisitionsprozesses, vielmehr ein selbständiges Prinzip, das seinen Ursprung in der in verschiedenen Zeiten auftretenden Auffassung hat, daß es ohne Rücksicht auf öffentliche Interessen und Zweckmäßigkeitserwägungen dem Staat zur Pflicht gemacht werden muß, unterschiedslos alle begangenen Verbrechen zu verfolgen. Aus diesem Grunde muß eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Anklageprozesses und des Inquisitionsprozesses ohne Rücksicht darauf, ob während der Geltung einer dieser Prozeßarten sich diese Auffassung bereits durchzusetzen begann, ihren Zweck als Aufzeigung der Anfänge des Legalitätsprinzips verfehlen.

lich zur Voraussetzung habe und da die Frage, ob eine Behörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Strafverfolgung verpflichtet sei, erst dann gestellt werden könne, wenn es eine vom Richteramt getrennte, besondere Strafverfolgungsbehörde gebe.

Das ist nur insoweit richtig, als das Legalitätsprinzip in seiner heutigen, im § 152 Abs. 2 StPO. bekannten Gestalt begrifflich undenkbar ohne eine Staatsanwaltschaft ist. Es ist aber nicht richtig, daraus allein zu folgern, daß bei Verfahrensarten, denen das Institut der Staasantwaltschaft fremd ist, ein dem Legalitätsprinzip entsprechender Grundsatz nicht bestehen könne. Zu Untersuchungen, ob es nicht bereits vor dem Vorhandensein einer Staatsanwaltschaft eine Art Legalitätsprinzip gegeben hat, gibt insbesondere die Tatsache Anlaß, daß die Staatsanwaltschaft in das deutsche Strafverfahren aus Frankreich eingeführt wurde, dort aber das Opportunitätsprinzip in Geltung war — ein Beweis, daß der geschichtliche Ursprung des Legalitätsprinzips nicht in dem gleichen Lande liegen kann, aus dem das Institut der Staatsanwaltschaft übernommen wurde. Wiederum ist es kaum denkbar, daß das Prinzip im Augenblick des Eintretens der Staatsanwaltschaft in die deutschen Strafprozeßgesetzgebungswerke ohne geschichtliche Vorbilder neu geschaffen wurde.

Die Untersuchungen haben nach der Richtung hin zu gehen, ob es schon vor der Einführung der Staatsanwaltschaft in Ländern, die Einfluß auf die Entwicklung des deutschen Rechts gehabt haben, Personen gegeben hat, die dazu verpflichtet waren, bei Vorliegen ihnen bekannter strafbaren Handlungen eine der heutigen Staatsanwaltschaft entsprechende Tätigkeit der Strafverfolgung zu entfalten. Hat man eine derartige Einrichtung nachgewiesen, so sind damit zugleich die geschichtlichen Anfänge des Kernpunktes des Legalitätsprinzips aufgezeigt; denn das Wichtigste am Legalitätsprinzip ist gerade diese absolute Verpflichtung zur Strafverfolgung, sobald der Strafanspruch des Staates nach dem materiellen Strafgesetz begründet ist. Daß mit dieser Strafverfolgungspflicht eine besondere staatliche Behörde betraut ist, ist zwar auch ein wesentlicher Bestandteil des Begriffes des Legalitätsprinzips, tritt aber an Wichtigkeit hinter dem Element des Begriffs, daß diese Verpflichtung überhaupt besteht, zurück.

Von vornherein müssen bei dieser Untersuchung die Prozeßarten ausscheiden, bei denen die Strafverfolgungstätigkeit nicht durch staatliche Organe ausgeübt wird, sondern, wie bei allen jungen Völkern mit noch unentwickeltem Staatsgefüge, es Aufgabe von Privatpersonen ist, den Schuldigen vor den urteilenden Richter zu bringen. In

Strafverfahren wie in Griechenland[3]), in Rom[4]) und dem älteren germanischen Recht[5]), wo in der Regel im Wege der Privatrache, der Privat- oder Popularklage der Verletzer materieller Strafrechtsnormen der im Gesetz angedrohten Strafe überführt wurde, kann die Frage, ob das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip gegolten hat, garnicht entstehen. Insbesondere hat der bei diesen Prozeßarten bisweilen auftretende Grundsatz, daß der einzelne Volksgenosse nicht allein das Recht, sondern geradezu die Pflicht hatte, das ihn verletzende Verbrechen durch Privatrache oder Privatklage zu sühnen[6]), mit dem Legalitätsprinzip keine Ähnlichkeit; denn der Pflicht zum Tätigwerden des einzelnen liegt der Gedanke zugrunde, daß die Herbeiführung von Genugtuung eine sittliche Pflicht jedes Volksgenossen ist, während das Legalitätsprinzip auf der rechtspolitischen Erwägung beruht, daß es Pflicht des Staates ist, für die unterschieds- und ausnahmslose Einhaltung der von ihm durch das materielle Strafgesetz geschaffenen Verbots- und Gebotsnormen Sorge zu tragen.

Dagegen kann und muß bei allen Prozeßarten, bei denen der Staat selbst die Strafverfolgungstätigkeit übernommen hat — sei es durch besondere Strafverfolgungsorgane, sei es durch Vereinigung der Aufgaben der Strafverfolgung und der Aburteilung in der Person des Richters — die Frage entstehen: muß das dazu vorgesehene Organ oder kann es nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einschreiten?

Geringe Ansätze zu dem Grundsatz, daß der Staat sein Strafverfolgungsrecht zu einer Pflicht, jede Straftat zu verfolgen, werden läßt, finden sich bereits in der römischen Kaiserzeit. Als Regel galt der Akkusationsprozeß. Jeder aus dem Volke hatte das Recht zur Anklage, wenn nicht gerade in seiner Person oder seiner Beziehung zum Straffälligen ein Unfähigkeitsgrund vorlag, und ein Strafverfahren konnte grundsätzlich nur auf eine derartige Anklage hin eingeleitet werden[7]). Hiervon gab es aber mannigfache und bedeutende Ausnahmen. Falls kein privater Ankläger auftrat, hatten die Gerichte bei gewissen Verbrechen nicht allein das Recht, sondern sogar die

---

[3]) Geib, Geschichte des römischen Criminalprozesses S. 99; Hermann S. 291; Platner T. II S. 3 ff.; Wachsmuth T. II Abt. 1 S. 193.

[4]) Geib a. a. O. S. 99; Gerland S. 13; Glaser, Kl. Schr. Bd. 1 S. 62; Puchta S. 42; Rosenfeld S. 2.

[5]) Maurer S. 71, 116; Geyer S. 43.

[6]) Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses, 1827, S. 3.

[7]) Geib S. 99; Gerland S. 13; Glaser, Kl. Schr. Bd. 1 S. 62; Puchta S. 42; Rosenfeld S. 2.

Pflicht, von Amts wegen zur Strafverfolgung zu schreiten[8]). Ferner betraute man verschiedene Personen mit der Aufgabe, allen ihnen zu Ohren kommenden Verbrechen nachzuspüren. Derartige Personen kamen unter den verschiedensten Bezeichnungen vor: stationarii, curiosi, defensores civitatum, irenarchae, nuntiatores und frumentarii[9]). Man verpflichtete sie, das Ergebnis ihrer Nachforschungen dem Gericht mitzuteilen, worauf dieses von Amts wegen einschritt.

Die Grundform des älteren deutschen Strafverfahrens war ebenfalls der Anklageprozeß[10]). Die Strafverfolgung war allein Sache der Privatpersonen. Mit der Zeit kam aber zur Verwirklichung des nunmehr maßgeblich werdenden Gedankens, daß es Pflicht des Staates ist, für die Bestrafung jedes Verbrechers zu sorgen, immer mehr das Einschreiten von Amts wegen vor. An Vorbilder der merowingischen Zeit, wo notorische Verbrecher ohne das Erfordernis einer Anklageerhebung auf das Zeugnis von 5 bis 7 Männern im summarischen Verfahren hingerichtet werden konnten[11]), schloß sich das fränkische Rügeverfahren an, in welchem die Schöffen ganz allgemein die Verpflichtung hatten, alle ihnen bekannten Verbrechen zu rügen[12]). Neben den Schöffen wurden verschiedentlich noch eine Anzahl glaubhafter Männer bestimmt, die ähnlich den römischen irenarches und nuntiatores die Aufgabe hatten, alle Verbrechen zu rügen, wozu sie durch den Eid angehalten wurden[13]).

Im kanonischen Strafverfahren, das in seinen Anfängen sich dem im römischen Recht als Grundsatz vorherrschenden Prozeß akkusatorischer Natur anschloß, führte das Bestreben, alle Verbrecher mit möglichster Vollständigkeit zu verfolgen, zur Einrich-

---

8) Geib S. 525.

9) Sie sind keine öffentlichen Ankläger, weil sie keine selbständige, auf die Verurteilung des Verbrechers hinzielende Tätigkeit ausübten; sie sind vielmehr allein Angeber, Werkzeuge des inquirierenden Richters. Da sie aber „verpflichtet“ waren, „alle“ Straftaten anzuzeigen, muß ihre Tätigkeit als unter dem Gesichtspunkt der Legalität stehend betrachtet werden. (Vgl. Biener S. 12 ff.; Geib S. 528 ff.; Goldschmidt, GoltdArch. 67 S. 180; Keller S. 2; Mittermaier, Lehrb. Bd. 1 S. 78.

10) Geyer S. 43; Maurer S. 71, S. 116.

11) Mittermaier, Lehrbuch Bd. I S. 96.

12) Mittermaier, Lehrbuch Bd. I S. 188; Geyer S. 53. Besonders ausgeprägt ist die Rügepflicht bei den westfälischen Femegerichten. Der Freischöffe mußte beispielsweise nach den Gewohnheiten des Freistuhls zu Dortmund schwören „daß er wöll fürbringen für diesen freyen stul, oder für ainen andern freyen stul was er für war wisse oder was er von warhafftigen leuten hör sagen, das Fahmsach sind, daß es werd gericht mit recht oder mit gunst gefristet“. (Zacharia, Handbuch Bd. I S. 137.)

13) Biener S. 131; Rosenfeld S. 7.

tung der bischöflichen Sendgerichte, in denen bei der Ankunft des Bischofs zum Sendgericht aus der Gemeinde sieben glaubwürdige Männer ausgewählt wurden, welche man vereidigte, alle ihnen bekannten Verbrechen anzuzeigen, worauf dieser „denuntiatio" ein Verfahren ex officio folgte [14]). Von Amts wegen wurde ferner noch dann eingeschritten, wenn ein glaubhaftes Gerücht jemanden eines Verbrechens bezichtigte (infamia). Die Reform des Verfahrens bei vorhandener infamia durch Innocenz III. führte zum Inquisitionsprozeß, der auf dem 4. lateranischen Konzil (1215) bestätigt wurde [15]) und durch Vermittlung der oberitalienischen Doktrin und italienischen Praxis in etwas veränderter Form allgemein in Deutschland Eingang fand [16]).

Auch die Karolina hatte das inquisitorische neben dem akkusatorischen Verfahren aufgenommen. Im Verhältnis der beiden Prozeßarten zueinander war der Akkusationsprozeß der Regelfall [17]), jedoch „nahm der Prozeß innerlich keine Rücksicht auf den Privatkläger, sondern betrachtete ihn als lästig und suchte ihm das Auftreten zu verleiden" [18]). So kam es, daß in der Praxis das Inquisitionsverfahren eine bedeutend größere Rolle spielte als das Anklageverfahren. Der Anklageprozeß als Regel trat ganz in den Hintergrund. Allein in dem Institut des Fiskalats bei Anklagen eines fürstlichen Prokurators oder Advokaten im fiskalischen Interesse erhielt sich der Anklageprozeß in Deutschland [19]). Als Vertreter der politischen Gewalthaber klagten diese nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses an. Für sie galt mithin das Opportunitätsprinzip.

Die Reichsgesetzgebung befaßte sich seit der CCC bis zum Zerfall des alten deutschen Reiches nicht mehr mit der Regelung des Strafverfahrens. Die Ausgestaltung des Strafprozeßrechts fiel daher einerseits der Wissenschaft und Praxis, andererseits der Partikulargesetzgebung zu. Wichtig war vor allen Dingen die der Karolina noch unbekannte, dem Ursprunge nach italienische Einteilung des Strafprozesses in die inquisitio generalis und die inquisitio specialis, die grundlegend für die weitere Entwicklung des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses wurde. Die Aufgabe

---

[14]) Biener S. 37; v. Kries S. 23/24.

[15]) Biener S. 47; Rosenfeld S. 8.

[16]) Seinen ersten gesetzlichen Niederschlag fand es hier in der Wormser Reformation (1498) und den Halsgerichtsordnungen von Tirol (1499) und Radolfzell (1506).

[17]) Maurer S. 254; v. Kries S. 42.

[18]) Rosenfeld S. 11; ähnlich Gerland S. 20.

[19]) Maurer S. 153.

der inquisitio generalis war die Vorbereitung und Ermöglichung des Aburteilungsverfahrens, der inquisitio specialis, durch vorläufige Feststellungen und durch Ermittlung und Bereitstellung von Beweismitteln. Während das Verfahren der inquisitio generalis sich mit der Feststellung beschäftigte, ob überhaupt eine verbrecherische Tat geschehen ist, richtet sich das Verfahren der inquisitio specialis gegen den bestimmten Täter[20]).

Auch beim gemeinen deutschen Inquisitionsprozeß kann und muß genau wie beim staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren die Frage entstehen: Hat der inquirierende Richter bei Vorliegen einer nach dem materiellen Strafgesetz strafbaren Handlung allein das Recht oder auch die Pflicht, ohne Rücksicht auf staatliche Interessen zur Strafverfolgung zu schreiten? In der CCC selbst ist darüber ausdrücklich nichts gesagt. Sie zählt nur in den das inquisitorische Verfahren regelnden Artikeln 6—10 die Veranlassungsgründe auf, die dem Richter das Recht zum Einschreiten geben[21]). Man war sich aber in der Theorie wie in der Praxis darüber einig, daß bei Vorliegen dieser Voraussetzungen der Inquisitionsrichter nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet war, mit der Strafverfolgung, der inquisitio generalis, einzusetzen; denn bei der Tätigkeit der Strafverfolgung als eines Teiles seiner richterlichen Tätigkeit war der Inquirent als unabhängiger Richter genau wie bei der Urteilsfällung streng dem Gesetz unterworfen und hatte sich bei seinem Amte von Zweckmäßigkeitserwägungen frei zu halten[22]). Die oben aufgezählten Voraussetzungen aber, bei deren Vorliegen der Inquisitionsrichter einschreiten kann und muß, sind die gleichen, bei denen heute

[20]) Vgl. Kantorowicz, ZStrW. 44 S. 98.

[21]) Es war dann gegeben (Art. 6) „so jemandt eyner übelthat durch gemeynen leumut berüchtigt, oder andere glaubwidrige anzeygung verdacht vnd argkwonig, vnnd derhalb durch die oberkeyt vonn ampts halben angenommen würde". Außerdem gab es im gemeinen deutschen Kriminalprozeß noch folgende Veranlassungsgründe eines inquisitorischen Verfahrens (Heffter S. 533 f.): 1. Die denunciatio oder die unmittelbare Benachrichtigung des Richters von einem vorgefallenen Verbrechen durch eine bestimmte Person außer dem Täter selbst; 2. eine gleich anfangs vorhandene Offenkundigkeit des Verbrechens, die entweder bei Selbstanklage des Täters oder unmittelbarer Wahrnehmung des Gerichts oder einzelner Mitglieder desselben oder endlich bei sofort glaubhaft zu konstatierender Betretung des Täters auf frischer Tat vorlag.

[22]) Heffter S. 533; v. Kries S. 266; Mittermaier, ArchCrimR. Neue Folge 1842 S. 449 ff.; 1849 S. 204; ders., Mündlichkeit S. 319; ders., Gesetzgebung und Rechtsübung S. 356; ders., GS. 10 (1858) S. 267, 291; Möhl, Ztschr. f. deutsches Strafverfahren, N. F. Bd. 1 (1844) S. 240; v. Savigny, Prinzipienfragen, GoltdArch. 7 (1859) S. 585; Glaser, Kl. Schr. S. 541.

der Staatsanwalt tätig zu werden hat: nämlich immer dann, wenn genügende tatsächliche Unterlagen das Vorhandensein der Verletzung eines materiellen Strafgesetzes vermuten lassen. Auch die Tätigkeit des Inquirenten bei der inquisitio generalis entspricht im wesentlichen der Tätigkeit des Staatsanwalts im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren[23]): er hat alle der Strafgewalt unterworfenen Verbrechen und deren Täter zu ermitteln, die Erkenntnismittel, die zur Überführung des Beschuldigten erforderlich sind, ausfindig zu machen und schließlich die Anklage, die das Verfahren der inquisitio specialis eröffnet, zu erheben.

Die Partikulargesetzgebung läßt die gleichen Merkmale erkennen. Die Gesetze haben alle gemeinsam, daß sie den noch unentwickelten und subsidiären Inquisitionsprozeß zum herrschenden Verfahren entwickeln und, das Strafverfahren von aller Parteitätigkeit unabhängig machend, vollständig in die Hände des Staates bzw. dessen Organ, den Inquisitionsrichter, legen[24]). Die letzten wichtigen Kodifikationen des Inquisitionsprozesses sind der prozessuale Teil des österreichischen Strafgesetzbuchs (1803), die preußische Kriminalordnung (1805) und der zweite Teil des bayrischen Strafgesetzbuches (1813). Sie bilden den Abschluß der Entwicklung des Inquisitionsprozesses. Sie zeigen ebenfalls, daß der Inquisitionsrichter bei jeder ihm bekannten Straftat die Strafverfolgung aufnehmen mußte, und daß es ihm nicht zustand, aus Zweckmäßigkeitsgründen untätig zu bleiben. So lautete z. B. § 2 der Preußischen Kriminalordnung vom 11. Dez. 1805: „Verbrechen müssen in der Regel von Amts wegen untersucht werden, ohne den Antrag einer Partei oder eines Geschädigten abzuwarten. Ausnahmen von dieser Regel bestimmen die Gesetze.“ Ein Gesetz aber, das die Strafverfolgung wegen mangelnden oder entgegenstehenden Staatsinteresses dem Richter verbot oder in sein Ermessen stellte, gab es nicht.

Mit der Feststellung, daß im Inquisitionsprozeß der Richter jede ihm bekannte Straftat verfolgen mußte, soll noch nicht gesagt werden, daß die Vertreter des Legalitätsprinzips bei der Einführung des Prinzips im 20. Jahrh. in Deutschland direkt an die Traditionen des Inquisitionsprozesses knüpften und die Beweggründe, die zur Einführung des Legalitätsprinzips im Anklageformverfahren führten, die gleichen waren wie die zur Aufnahme der absoluten Verfolgungspflicht im Inquisitionsprozeß. Es ist dies schon deswegen nicht an-

---

[23]) v. Kries S. 41.

[24]) Vgl. Geyer S. 71 ff.; Maurer S. 354/55; Zachariae, Handb. Bd. 1 S. 145.

zunehmen, als wegen des Fehlens bestimmter materieller Tatbestände im Inquisitionsprozeß die Voraussetzungen, unter denen der Inquisitionsrichter tätig wurde, andere waren wie die, unter denen der Staatsanwalt bei vorhandenen festumrissenen Tatbeständen, die mit den aus Frankreich stammenden rechtsstaatlichen Ideen in Deutschland eingeführt worden waren, seine Tätigkeit ausübte.

II. Frankreich vor, während und nach der Revolution von 1789.

Einen entscheidenden Einfluß auf die deutsche Strafprozeßrechtsgesetzgebung übte Frankreich aus[25]). Während am Anfange der Entwicklung Frankreich und Deutschland wegen ihrer einheitlichen Zugehörigkeit zum Frankenreiche gleiche Wege bei der Strafverfolgung gegangen waren, brachte die politische Trennung eine verschiedene Entwicklung der strafprozessualen Gesetzgebung mit sich. Auch in Frankreich mußten zwar die fränkischen Institute dem durch die italienische Praxis ausgebildeten kanonischen Recht weichen[26]). Im Gegensatz zum deutschen Recht weist aber das Strafverfahren eine entscheidende Eigentümlichkeit auf: den beamteten öffentlichen Ankläger, dem als zweites staatliches Organ neben dem Richter die Initiative der Strafverfolgung oblag. Diese öffentlichen Ankläger waren zunächst allein Parteianwälte des Königs (procureurs du roi), die das Interesse des Königtums hinsichtlich der Geldstrafen und Konfiskationen, die im Strafprozeß vorkamen, wahrzunehmen hatten. Zu Beamten wurden die procureurs du roi durch eine Ordonnance Philipps IV., als ihnen die Prozeßführung für Privatpersonen verboten wurde (1302). Ein Strafverfolgungsrecht stand ihnen im Anfange nicht zu. Vielmehr hatten sie zunächst neben einer weitgehenden zivilrechtlichen und administrativen Tätigkeit allein ein Mitwirkungsrecht bei der Untersuchung. Sie erlangten schließlich aber auch Einfluß auf die Strafverfolgung und erhielten eine machtvolle Stellung vor allem, als sich im 17. und 18. Jahrhundert die Könige im Kampf zwischen Königtum und Parlamenten ihrer zur Durchsetzung ihrer Anordnungen bei den Gerichten bedienten

---

[25]) Der Grund, weswegen die französischen Einrichtungen auf die deutsche Wissenschaft und die deutschen Gesetzgeber Einfluß hatten, liegt einmal darin, daß Frankreich besonders fortschrittlich in seinen Gesetzen war, zum anderen darin, daß die Staatsanwaltschaft französischen Systems bereits auf dem linken Rheinufer, das nach dem Frieden von Luneville (1801) zu Frankreich gekommen war, im Jahre 1809 eingeführt wurde und von den dortigen Richtern besonders gerühmt wurde.

[26]) Gerland S. 23; Rosenfeld S. 16.

und damit den Widerstand der Gerichte gegenüber dem absoluten Königtum brachen[27]). Die procureurs du roi erhielten die Oberaufsicht über die Gerichte und dienten als Mittelspersonen zwischen den Königen und Parlamenten. Durch diese Befugnisse entwickelte sich der stark „politische Charakter“[28]) des ministère public, der bei der Strafverfolgungstätigkeit dadurch zum Ausdruck kam, daß das ministère public zur Strafverfolgung nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses schritt. Es galt mithin das, was man heute mit Opportunitätsprinzip bezeichnet.

Es ist besonders bemerkenswert für den Zusammenhang, der zwischen den jeweiligen politischen Verhältnissen und der Regelung der Strafverfolgung besteht, daß bei der totalen Umwandlung des öffentlichen Rechts durch die liberale Revolution des Jahres 1789, die den Inquisitionsprozeß beseitigte, die Strafverfolgungsorgane an das Legalitätsprinzip gebunden wurden und dem Institut des ministère public der politische Charakter genommen wurde[29]).

Seine heute geltende gesetzliche Regelung hat die Staatsanwaltschaft in dem Code d'Instruction Criminelle vom 17. November 1808 und dem Gesetz vom 20. April 1810 erhalten. Die Bestimmungen über die Stellung und die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wurden von der Restauration im Jahre 1815, von der Juli-Monarchie vom Jahre 1830 und von der Republik des Jahres 1848 im wesentlichen übernommen. Nach dem Napoleonischen Code d'Instruction Criminelle galt das Opportunitätsprinzip. Nach dem Wortlaut der §§ 47[30]) und 64[31]), nach welchen das ministère public seine Entschlüsse über die Verfolgung strafbarer Handlungen zu fassen hat, hat es den Eindruck, als ob das Legalitätsprinzip galt. Die herrschende Ansicht der Wissenschaft[32]) und der Praxis stehen

[27]) v. Daniels S. 45/46; Lippert S. 67 ff.; v. Tippelskirch, Goltd-Arch. 54 S. 447.

[28]) Lippert S. 67.

[29]) Ausführliche Angaben der betreffenden Gesetzesstellen in den Gesetzen vom 16./19. 9. 1791 und dem Code du 3 brumaire an IV bei Hélie, Traité de l'instruction criminelle Bd. II S. 254—256.

[30]) Art. 47: «Hors les cas énoncés dans les art. 32 et 46, le procureur du roi instruit, soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, ou qu'une personne qui en est prévenue se trouve dans son arrondissement, sera tenu de requérir le juge d'instruction d'ordonner qu'il en soit informé.»

[31]) Art. 64: «Les plaintes qui auraient été adressées au procureur du roi seront par lui transmises au juge d'instruction avec son réquisitoire.»

[32]) Vertreter der gegenteiligen Ansicht sind zitiert bei Hélie a. a. O. S. 255.

aber auf dem gegenteiligen Standpunkt. Hélie hat auf Grund der Entstehungsgeschichte der Art. 47 und 64 klar nachgewiesen, daß diese Bestimmungen lediglich das Verhältnis des Staatsanwalts zum Untersuchungsrichter behandeln, dagegen nicht das Legalitätsprinzip gesetzlich festlegen wollen[33]). So kommt Hélie auch zu dem Schluß, daß nach dem Code d'Instruction Criminelle für das ministère public das Opportunitätsprinzip galt[34]): «L'esprit du Code est que le ministère public ait la faculté de délibérer sur les dénonciations et les plaintes qui lui sont portées, et d'apprécier l'opportunité et le fondement des poursuites.»[35]) Die deutschen Schriftsteller, die sich mit dem Institut der französischen Staatsanwaltschaft befaßt haben, vertreten den gleichen Standpunkt, daß das ministère public nach dem Code d'Instruction Criminelle seine Strafverfolgungstätigkeit unter dem Gesichtspunkt der Opportunität auszuüben hat[36]). Endlich hat sich die französische Praxis deutlich für die Gültigkeit des Opportunitätsprinzips nach dem Code ausgesprochen, wie nachstehendes, bei Hélie[37]) zitiertes Erkenntnis des Kassationshofes erweist: «Le législateur n'a vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office et sans l'intervention des parties civiles, sur toutes les plaintes, même les plus légères et les plus insignifiantes, sur des plaintes qui n'intéressent point directement l'ordre public, et qui souvent n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour-propre, ou de procurer, aux dépens de l'Etat, et sans aucune espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts légers éprouvés par des particuliers.» Die Einführung des Opportunitätsprinzips in Frankreich durch den Code d'Instruction Criminelle entspricht der Auffassung Napoleons, die er sich von den Aufgaben der Staatsanwaltschaft machte. Er wollte eine Staatsanwaltschaft als Vertreterin des Staatsinteresses, ja sogar als machtvolles Organ seiner Regierungsinteressen: «Je veux que je puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement.»[38]) Wenn diese

---

[33]) Hélie a. a. O. S. 256 ff.

[34]) Hélie a. a. O. S. 262/63; vgl. auch S. 260.

[35]) Weitere Stimmen der französischen Wissenschaft, welche Geltung des Opportunitätsprinzips annehmen: Goyet, Le ministère public S. 242 und Legraverend, Traité . . ., Bruxelles 1839, Bd. 1 S. 33.

[36]) Mittermaier, Mündlichkeit S. 319; Höchster S. 47/48; GoltdArch. Bd. 67 S. 194; Glaser, Lehrb. Bd. 1 S. 220; Schmitt S. 278; v. Holtzendorff, Reform . . . S. 8.

[37]) Hélie a. a. O. S. 260.

[38]) Abgedruckt bei v. Holtzendorff, Reform . . . S. 9.

Worte auch in erster Linie auf die Notwendigkeit eines Einwirkungsrechts der Staatsgewalt auf die Tätigkeit der Staatsanwälte abgestellt sind, so können sie doch, in einem Zeitpunkt geschrieben, wo es die Begriffe Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip noch nicht gab, als Forderung einer Staatsanwaltschaft angesehen werden, die stets bei ihrer Tätigkeit das Staatsinteresse im Auge behält und vor jeder Anklageerhebung zunächst zu prüfen hat, ob das Interesse des Staats auch eine Bestrafung zweckmäßig erscheinen läßt.

B. Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in der Zeit von der Einführung des Anklageformprozesses bis zur Schaffung der Reichsstrafprozeßordnung.

I. Das Legalitätsprinzip und die Reformbestrebungen zur Beseitigung des Inquisitionsprozesses.

In Deutschland Inquisitionsprozeß mit absoluter Strafverfolgungspflicht des Inquirenten, in Frankreich Klageformprinzip in Verbindung mit dem Opportunitätsprinzip: so sah also der Rechtszustand aus, als in Deutschland die Stimmen immer lauter wurden, welche die Mängel des Inquisitionsprozesses hervorhoben und eine Reform des Kriminalverfahrens forderten. Die Ziele der Reformatoren lassen sich in vier Schlagworte zusammenfassen: Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Anklageformprinzip und Geschworenengerichte. Die Einführung einer besonderen Staatsverfolgungsbehörde verlangte man, um den inneren Widerspruch, der darin lag, daß ein und dieselbe Person das Amt des Strafverfolgenden wie des Urteilenden versah, zu beseitigen. *Die Frage, ob für das neu zu errichtende Strafverfolgungs- und Anklageorgan das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip gelten sollte, fand zunächst kaum eine Erwähnung und wenn, so gegenüber den anderen zu erstrebenden Zielen in untergeordneter Rolle.* Während die Reformbestrebungen bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts reichen[1]), drang die Erkenntnis, daß es ein besonders wichtiges Problem für die Ausgestaltung des Strafverfahrens

---

[1]) Nach Maurer (S. 257) und Mittermaier (Gesetzgebung S. 269 Anm. 1) ist Möser (Patriotische Phantasien, 3. Teil S. 89, 1759) der erste, der sich für einen öffentlichen Kläger einsetzte.

ist, ob die strafverfolgende Behörde — sei sie nun mit dem Richteramte in einer Person vereinigt, oder als besonderes Organ ausgebildet — sich bei ihrer Tätigkeit von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen dürfe oder nicht, erst fast ein volles Jahrhundert später durch. Der erste und zugleich Hervorragendste, der sich mit dieser Frage beschäftigte, war Mittermaier. Einer der Hauptgründe, die ihn zum eifrigen Befürworter des Verfahrens mit öffentlichem Ankläger werden ließen, war gerade der nach seiner Meinung große Nachteil des Inquisitionsprozesses, daß der Inquirent wegen jeder noch so unbedeutenden Straftat zur Einleitung der Strafverfolgung verpflichtet war, gleichviel ob der Staat oder die Gesellschaft ein Interesse an der Bestrafung des Täters hatte oder nicht. Den „albernsten Anzeigen" müsse der Inquirent nachgehen, wenn das Gesetz verletzt sei[2]). Die bürgerliche Gesellschaft könne aber nur da ein Interesse an der Bestrafung des Gesetzesbrechers haben, wo die Störung der öffentlichen Ordnung die Anwendung der Strafe fordere. Dort wo die Strafverfolgung im Mißverhältnis mit dem Grade des Interesses der bürgerlichen Gesellschaft an der Bestrafung des Verbrechers stehe, müsse die Möglichkeit gegeben werden, die Verfolgung zu unterlassen[3]). Der Vorzug einer öffentlichen Anklagebehörde, die zum Absehen von Strafverfolgungen befugt sei, zeige sich insbesondere bei politischen Verbrechen: der redlichste, wärmste Freund des Vaterlandes könne leicht in seiner Begeisterung zu weit gehen; der Buchstabe des Strafgesetzes verdamme ihn, während die Volksstimme ihn als ehrenwerten Freund des Landes preise. Diese Erwägungen zeigen deutlich, daß Mittermaier nach französischem Muster die Einführung einer Anklagebehörde im Auge hatte, die ihre Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt der Opportunität auszuüben hat. Mit Mittermaier war zugleich das Problem der Geltung des Legalitäts- oder Opportunitätsprinzips für das neu einzurichtende Organ des Staatsanwaltschaft in den Meinungsstreit der Anhänger der Reformbestrebungen gezogen. Vom Jahre 1842 ab, dem Erscheinungsjahr der ersten der sich mit dieser Frage beschäftigenden Schriften Mittermaiers, hat der Kampf um die Geltung der gegensätzlichen Prinzipien — Opportuni-

---

[2]) Mittermaier, ArchCrimR. 1842 S. 449/50.

[3]) Mittermaier, ArchCrimR. 1842 S. 449/50. Ders., Mündlichkeit S. 319; ders., Gesetzgebung S. 181; ders., GS. 1858 S. 291/92; ders., Gesetzgebung S. 184, 301 u. 356. Dem Sinne nach spricht damit bereits Mittermaier den gleichen Gedanken eines unserer modernsten Prozeßrechtler, Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 41 aus, der das Opportunitätsprinzip treffend als Prinzip der Interessenabwägung bezeichnet.

tätsprinzip und Legalitätsprinzip — Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden und ist seither nicht wieder verstummt.

Eng sich an die Mittermaierschen Gedanken anschließend, erklärte sich v. Savigny, der als Justizminister die Reformgesetzgebung in Preußen vorbereitete, eindeutig für die Geltung des Opportunitätsprinzips[4]). Es müsse als ein Vorzug des Verfahrens mit einem öffentlichen Ankläger angesehen werden, daß geringfügige, leicht entschuldbare oder politische Vergehen, bei denen manchmal zu wünschen wäre, daß sie von Anfang an mit Stillschweigen übergangen würden, nicht verfolgt zu werden brauchten, wenn es nicht angemessen erscheine. Ähnlich sprechen sich Möhl[5]), der badische Justizministerialrat v. Jagemann[6]) und der bayrische Staatsminister Heintz[7]) aus. Bezeichnend ist, daß der überwiegende Teil der sich um diese Zeit für das Opportunitätsprinzip sich Einsetzenden Minister sind, also aus regierungsfreundlichen Kreisen stammen. Dagegen finden sich Stimmen, die sich in dieser Zeit eindeutig für die Geltung des Legalitätsprinzips einsetzen, noch nicht. Die Forderungen der Reformfreunde nach einem mündlichen, öffentlichen Anklageprozeß und Schwurgerichten standen so im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussionen, daß man sich nur wenig mit der näheren Ausgestaltung der neueinzuführenden Anklagebehörde beschäftigte und ohne Rücksicht darauf, ob der französische Strafprozeß dem deutschen Nationalcharakter und den in diese Zeit erhobenen Forderungen nach einer liberalen Strafrechtspflege eigentlich entspräche, die Einführung einer Staatsanwaltschaft nach französischem Muster forderte. Im einzelnen herrschte außerdem noch eine große Unklarheit über die verschiedenen Strafrechtsprinzipien, und für die Wissenschaft bestand ein weites Arbeitsgebiet allein darin, diese Prinzipien voneinander begrifflich zu trennen. Man war sich über die Begriffe Anklageprinzip, Anklageformprinzip und Inquisitionsprinzip ebensowenig klar wie über das Auftreten dieser Prinzipien in der Geschichte und in den Gesetzgebungswerken der damaligen Zeit.

---

[4]) v. Savigny, Die Prinzipienfragen, teilweise abgedruckt in GoltdArch. Bd. 8 (1859) S. 585.

[5]) Möhl, Ztschr. f. deutsches Strafverfahren, N.F. Bd. 1 (1844) S. 240 Anm. 32.

[6]) v. Jagemann, GS. 1849 Bd. II S. 228 ff.

[7]) Heintz, GS. 1849 Bd. II S. 232.

II. Die Regelung der Strafverfolgungsprinzipien im Anklageprozeß der deutschen Länder.

Die bestehenden Unklarheiten über die Strafprozeßrechtsprinzipien hatten zur Folge, daß die Gesetzgebung der deutschen Länder bei der Einführung des Instituts der Staatsanwaltschaft um das Jahr 1848 [8]), als sie den stürmischen und unklaren Forderungen des Volkes Rechnung tragen mußte, eine sorgfältige Regelung des amtlichen Ermessens der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung in der Regel nicht getroffen hat. Auch die Kommentare enthalten einen klaren Ausspruch darüber nicht. So ist allein aus dem Sinn der Gesetze, aus ihrer Anlehnung an das französische Strafverfahren und aus Äußerungen der Praktiker, die diese Gesetze angewandt haben, zu schließen, ob das eine oder andere Prinzip für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft gegolten hat.

Kennzeichnend für die Zeit ist, daß die einzelnen Länder ihre Strafprozeßordnungen einander nicht angeglichen haben. Während bis zur Auflösung des ersten deutschen Reichs einheitlich der gemeine deutsche Inquisitionsprozeß mit geringen Abweichungen der Partikulargesetzgebung in den Ländern galt, begann bereits bald nach der Auflösung des deutschen Reichs und dem Gelangen der einzelnen Staaten zur vollen Souveränität eine Sündflut von Kodifikationen das Strafprozeßrecht zu zersplittern. Die Reformgesetzgebung vollends brachte es mit sich, daß jeder einzelne Staat, was die nähere Ausgestaltung des Anklageprozesses anbetrifft, seine eigenen Wege in der Gesetzgebung ging.

Eine besondere Stellung in der Regelung des Strafverfahrens nehmen einerseits die deutschen Rheinlande, welchen die unter französischer Herrschaft eingeführten Staatsprokuratoren belassen wurden und andererseits die beiden Mecklenburg, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold, wo der gemeine deutsche Inquisitionsprozeß in Geltung blieb, ein.

In den übrigen deutschen Staaten wurde überall nach und nach der neue Anklageprozeß eingeführt. Im allgemeinen fand das Institut der Staatsanwaltschaft mit den Ereignissen des Jahres 1848 Eingang in die Prozeßordnungen. In einigen, insbesondere süddeutschen Staaten, wurden bereits vor 1848 Abschlagszahlungen auf die Reformwünsche gemacht.

---

[8]) In den verkündeten Grundrechten der deutschen Nation war im § 179 ausgesprochen: „In Strafsachen gilt der Anklageprozeß“ (v. Holtzendorff, Handbuch Bd. I S. 73).

Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

In Bayern findet sich ein öffentlicher Ankläger bereits in einem Kapitel über das Standrecht der Strafprozeßordnung von 1813. Seine Tätigkeit bestand darin, bei bestimmten Standrechtsfällen Beweise gegen die Schuldigen zu sammeln und den Gerichten vorzulegen. Als allgemeines Strafverfolgungsorgan kann er aber nicht bezeichnet werden und es kann mithin die Frage, ob für ihn das Opportunitäts- oder Legalitätsprinzip gegolten hat, nicht gestellt werden. In den Jahren 1828 und 1831 entstanden Entwürfe von Strafprozeßordnungen, von denen der letztere einen Anklageprozeß mit öffentlichem Ankläger nach französischem Vorbild einführen wollte, wie er schon in der bayrischen Pfalz in Geltung war. Die Idee wurde verwirklicht durch das Gesetz „über die Grundlagen der Gerichtsorganisation vom 4. Juni 1848“, durch das Staatsanwälte bei allen Kollegialgerichten bestellt wurden. Die Geschäftsaufgaben der Staatsanwaltschaft wurden durch das Gesetz vom 10. November 1848 „Die Abänderungen des II. Teiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betreffend“ geregelt. Für ihre Tätigkeit hinsichtlich der Strafverfolgung ist Art. 23 maßgebend: „Der Staatsanwalt an den Kreis- und Stadtgerichten kann über alle strafbaren Handlungen, von welchen er Kenntnis erlangt, bei dem zuständigen Gericht seines Bezirks eine Voruntersuchung beantragen; er kann über den Stand einer jeden Voruntersuchung Aufklärung verlangen, um die geeigneten Anträge stellen zu können.“ Hierin hat man mit Recht die Festlegung des Opportunitätsprinzips gesehen[9]). Gegenüber der Staatsanwaltschaft, wie sie ihre Regelung in der heutigen StPO. gefunden hat, besteht aber der Unterschied, daß der Staatsanwalt kein Anklagemonopol erhielt, vielmehr der Richter von Amts wegen die Strafverfolgung einleiten konnte, wenn hinreichende Verdachtsgründe vorlagen (Art. 24). Dem Untersuchungsrichter lag dann nur die Pflicht ob, hiervon dem Staatsanwalt Kenntnis zu geben, um diesem die Überwachung der Untersuchung zu ermöglichen. Nur in Übertretungssachen[10]) hatte der Vertreter der Staatsanwaltschaft nach Art. 67 eines Gesetzes vom 10. Nov. 1861 „die Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizeistrafgesetzbuches betreffend“ die alleinige Initiative; ein Einschreiten des Richters ex officio war unzulässig. In der Praxis scheint die Staatsanwaltschaft von ihrem Rechte, strafbare Handlungen unverfolgt zu lassen, wenig Gebrauch gemacht zu haben. Anders wären die Worte

---

9) Preiser, Das Legalitätsprinzip ... S. 71; Kamps S. 24; Richter S. 22; Carsten S. 29; v. Amsberg in der Kommissionssitzung des Reichstags, Hahn S. 728.

10) Strafmaximum 42 Tage Arrest oder 150 fl. Geldstrafe.

des bayrischen Abgeordneten Dr. Völk bei der Beratung der Reichsstrafprozeßordnung in den Sitzungen der Reichstagskommission nicht zu verstehen, der sich dort für das Legalitätsprinzip einsetzte und in diesem Zusammenhange von einer Verpflichtung des Staatsanwalts in Bayern spricht, wegen jeder Straftat eine Untersuchung einzuleiten, durch die sich keine Nachteile ergeben hätten[11]).

Baden war das erste der deutschen Länder, das eine Staatsanwaltschaft mit weitgehenden Befugnissen auf dem Gebiete des Strafverfahrens schuf. Das Gesetz vom 28. Dezember 1831 über Ehrenkränkungen und das Gesetz vom gleichen Tage über die Polizei der Presse und Bestrafung der Preßvergehen setzten das Bestehen einer Staatsanschaft voraus und kurz darauf, am 26. Januur 1832, wurden auch aus dem Kreise der Richter an den vier Hofgerichten und am Oberhofgericht Staatsanwälte ernannt[12]). Nach dem Gesetz über die Ehrenkränkungen konnte bei Verleumdungen bestimmter Personen des öffentlichen Lebens in gewissen Fällen vom Staatsanwalt die öffentliche Klage erhoben werden[13]). Nach dem Preßgesetz hatten die Staatsanwälte die gerichtliche Verfolgung der mittels der Presse verübten Verbrechen und Vergehen von Amts wegen zu übernehmen[14]). Während beim Gesetz über Ehrenkränkungen mithin durch das Wort „kann" das Opportunitätsprinzip festgelegt ist, ist aus den maßgebenden Bestimmungen des Preßgesetzes nicht ersichtlich, ob das eine oder das andere Prinzip nach dem Willen des Gesetzgebers gelten sollte. Durch landesherrliche Verordnung vom 28. Juli 1832 wurde das Preßgesetz insofern geändert, als die im Gesetz vom 28. Dezember 1831 ausgesprochene Preßfreiheit und die Bestimmungen des Gesetzes, welche die Öffentlichkeit der Schlußverhandlung anordneten, wieder aufgehoben wurden. Im übrigen blieb aber das Preßgesetz und damit auch das Institut der Staatsanwaltschaft mit den demselben angewiesenen Aufgaben bestehen[15]) und erhielt später durch ein provisorisches Gesetz vom 1. März 1848 seine alte Stellung in vollem Umfange wieder. Mittlerweile wurde der Geschäftskreis der Staatsanwaltschaft ansehnlich erweitert durch ein provisorisches Gesetz vom 18. Februar 1836 über gerichtliche Strafsachen, welches, in seiner Fassung teilweise verändert, am 3. August 1837 als definitives Gesetz die landesherrliche Sanktion erhielt[16]). Danach

[11]) Hahn Bd. 1 S. 709.

[12]) Keller S. 55; Mayer S. 57.

[13]) § 12 Abs. 1 u. 2, § 5.

[14]) § 43.

[15]) Keller S. 57; unrichtig Richter S. 17, der von einer vollständigen Aufhebung des Preßverfahrens spricht.

[16]) Mayer S. 47; Keller S. 56/57.

wurde der Staatsanwaltschaft ein Einwirkungsrecht auch auf andere Straftaten als die Ehrenkränkungs- und Preßsachen eingeräumt. Vollständig sollte das Institut der Staatsanwaltschaft mit der Strafprozeßordnung vom 6. März 1845 ins Leben treten. Bereits 1835 war ein Entwurf zu diesem Gesetz ausgearbeitet, der 1843 den Ständen und der Regierung vorgelegt wurde. Am 6. März 1845 wurde diese Prozeßordnung mit einigen Abänderungen publiziert, aber in ihrer Wirkung zunächst suspendiert. Der Plan, dieses Gesetz in Kraft treten zu lassen, wurde durch das Gesetz vom 17. Februar 1849 über die Einführung der Schwurgerichte durchkreuzt, welches auch Abänderungen in der Strafprozeßordnung brachte, ehe diese in Wirksamkeit getreten war. Gänzlich aufgegeben wurde das Gesetz von 1845 im Gesetz vom 5. Februar 1851. Das Gesetz von 1845 ist aber in diesem Zusammenhange insofern von Interesse, als es einmal die Grundlage für das Gesetz von 1851 bildete, zum andern eine besonders gründliche Regelung der Aufgaben der Staatsanwaltschaft bei der Initiative der Strafverfolgung getroffen hat. Das Gesetz hat stark das französische Vorbild des Instituts der Staatsanwaltschaft nachgeahmt. Nach § 41 Abs. 2 (Entwurf des Jahres 1835 in § 50) liegt dem Staatsanwalt insbesondere ob, „alle ihm zukommenden Anzeigen, wenn er sie erheblich erachtet, sowie die zu seiner Kenntnis gelangenden Beweismittel dem zuständigen Untersuchungsrichter mitzuteilen und hierbei seine Anträge zu stellen“. Der Ausdruck „erheblich“ bezieht sich hier offenbar nicht bloß auf die Begründung der Anzeigen, sondern auch auf die Bedeutung der Schwere des angezeigten Verbrechens für das Bestehen oder Nichtbestehen eines öffentlichen Interesses an der Bestrafung[17]). Einen Abschluß in der Gesetzgebung des Strafverfahrens bildete das Gesetz vom 5. Februar 1851 über die „Einführung des Strafgesetzbuches, das neue Strafverfahren und die Schwurgerichte“. Das Gesetz führte für die schwersten Fälle Schwurgerichte ein, ließ aber für die Voruntersuchung und die übrigen Straffälle den alten Inquisitionsprozeß fortbestehen, modifiziert durch die Aufnahme einiger Titel der in ihrer Wirkung suspendierten Strafprozeßordnung von 1845[18]). Auf dem Gebiete der Strafverfolgung wegen Ehrenkränkungen und Preßvergehen wurde der Staatsanwaltschaft auf Grund der Bestimmungen des Titels XIX §§ 285—325 ihre alten Rechte und Pflichten belassen. Dieser Rechtszustand blieb bis zum Jahre 1864 im wesentlichen bestehen. Einen umfassenden Wirkungskreis erhielt die Staatsanwaltschaft auf Grund der Strafprozeßord-

---

17) Vgl. v. Groß, Verhandlungen des 2. JT. (1861) Bd. 1 S. 139.
18) Geyer S. 157.

nung vom 18. März 1864[19]). Grundsätzlich bekam die Staatsanwaltschaft das Anklagemonopol[20]). Im Gegensatz zu dem bisherigen Strafverfahren herrschte das Legalitätsprinzip: „die Staatsanwaltschaft ist berufen, nach den Vorschriften dieses Gesetzes die zu ihrer Kenntnis gelangenden Straftaten mit den in § 3 bezeichneten Ausnahmen zu verfolgen“. Während für die um das Jahr 1848 entstandenen Gesetzgebungswerke bei einer derartigen Fassung der Bestimmung über die Aufgaben der Staatsanwaltschaft nicht ohne weiteres die Geltung des Legalitätsprinzips angenommen werden kann, muß in dieser Zeit, als der Kampf um das Opportunitäts- und Legalitätsprinzip auf einem Höhepunkt angelangt war[21]), hierin die Niederlegung des Legalitätsprinzips erblickt werden, da der Gesetzgeber, hätte er die Geltung des Opportunitätsprinzips festlegen wollen, dieses durch einen in jener Zeit gebräuchlichen Zusatz wie „öffentliches Interesse“ oder „im Interesse des Staates“ ausgedrückt hätte. Bedenken gegen die Ansicht, daß in der Strafprozeßordnung von 1864 das Legalitätsprinzip zum Gesetz erhoben ist, entstehen allerdings dadurch, daß das Gesetz den Entwurf einer Strafprozeßordnung von Preußen vom Jahre 1851 zum Vorbild hatte, der sich seinerseits eng an die französischen Grundsätze des Strafverfahrens anschloß[22]). Doch dürfte dieses Bedenken durch das, was für die vertretene Ansicht spricht, zerstreut werden.

Hannover war der erste norddeutsche Staat, der das Institut der Staatsanwaltschaft in einem Gesetz vom 16. Februar 1840 einführte. Das Gesetz ging eigene Wege und schloß sich nicht, wie die übrigen Entwürfe und Gesetze dieser Zeit, dem französischen Vorbilde an. Der Staatsanwalt war nicht öffentlicher Ankläger, vielmehr hatte er nur die Aufgabe, das öffentliche Interesse in Kriminalsachen dann wahrzunehmen, wenn ein Gericht aus unrichtigen Gründen von einem Verfahren abzusehen beschlossen hatte, oder wenn eine zu geringe Strafe erkannt, oder jemand ohne genügende Gründe freigesprochen war. In solchen Fällen konnte der Staatsanwalt Revision einlegen[23]). Eine Stellung dem französischen Staatsanwalt ähnelnd, insbesondere mit vielen und umfangreichen administrativen Befugnissen erhielt die Staatsanwaltschaft durch das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozeßordnung vom 8. November 1850, die am 1. Oktober 1852 in Kraft traten. Eine Erweiterung der Geschäftsauf-

[19]) In Kraft getreten am 1. 10. 1864.
[20]) § 2; Ausnahmen §§ 3, 262—264.
[21]) Vgl. unten S. 35 ff.
[22]) Vgl. Geyer S. 149.
[23]) Mittermaier, ArchCrimR. 1842 S. 72/73.

gaben wurde endlich durch die Strafprozeßordnung vom 25. September 1852 vorgenommen. Der Anklagegrundsatz war nach dem Gesetz von 1850 streng durchgeführt (§ 37). Die Aufgaben der Staatsanwaltschaft waren im § 38 aufgezeigt: Die Staatsanwälte hatten bei allen Straftaten, welche nicht ausschließlich auf Antrag eines Beteiligten untersucht wurden, von Amts wegen dafür zu sorgen, daß dieselben untersucht und bestraft wurden, ohne daß sie zur Prüfung der Voraussetzungen zur Erhebung der öffentlichen Klage eines besonderen Auftrags bedurften. Wie der Inhalt dieser Pflicht im einzelnen nach dem Sinne des Gesetzes aufgefaßt werden sollte wird aber erst klar, wenn man § 19 Abs. 1 mit dieser Bestimmung vergleicht. Danach hatten die Staatsanwälte in dem strafgerichtlichen Verfahren „den durch die begangene Gesetzesübertretung verletzten Staat zu vertreten". Die Strafverfolgungspflicht kann sich nur im Rahmen dieser Bestimmungen verstehen, sodaß mithin in den Fällen, in denen ein staatliches Interesse an der Bestrafung an sich strafbarer Handlungen fehlt, der Staatsanwalt zum Einschreiten nicht verpflichtet ist. Das bedeutet aber die Geltung des Opportunitätsprinzips. Preiser[24]) und im Anschluß an diesen Richter[25]) und Kamps[26]) nehmen für das Gesetz vom Jahre 1850 ohne nähere Begründung die Festlegung des Legalitätsprinzips an. Im Hinblick darauf, daß sie aber für die österreichische Strafprozeßordnung vom Jahre 1850, die in § 57 Abs. 1 und 2 den §§ 38 und 19 Abs. 1 entsprechende Bestimmungen hat, die Geltung des Opportunitätsprinzips annehmen[27]), ist ihre Ansicht nicht konsequent[28]).

Das Land, das mit als erstes der deutschen Länder eine Staatsanwaltschaft einführte, jedoch bis zum Jahre 1866 diesem Institut nur eine mehr untergeordnete Rolle zuwies, war W ü r t t e m b e r g. Nachdem schon in den Jahren 1830 und 1834 Entwürfe von Strafprozeßordnungen bearbeitet worden waren, wurde auf Grund eines Entwurfes des Jahres 1839 die Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843 Gesetz. Hiernach hatte die Staatsanwaltschaft die Aufgabe, in Fällen, bei denen eine mindestens fünfjährige Zuchthausstrafe zu erwarten und ein öffentliches mündliches Schlußverfahren obli-

[24]) Preiser, Das Legalitätsprinzip ... S. 72.
[25]) Richter S. 26.
[26]) Kamps S. 28.
[27]) Vgl. unten S. 25, 26.
[28]) Als weiterer Beweis für die Richtigkeit der dargestellten Ansicht kann § 1 Abs. 3 angesehen werden: jede Übertretung eines Strafgesetzes erzeugt eine öffentliche, auf Untersuchung und Bestrafung gerichtete Klage, welche ... vor dem zuständigen Strafgericht verfolgt werden „kann".

gatorisch war, eine Anklageschrift anzufertigen, diese in der Hauptverhandlung zu verlesen und sich endlich zum Ergebnis der Verhandlung auszulassen. Da mithin die Tätigkeit des Staatsanwalts sich auf die Hauptverhandlung beschränkte und auch das nur bei stets die öffentlichen Interessen verletzenden schweren Verbrechen, kann die Frage, ob das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip in Geltung war, nicht gestellt werden. Eine Erweiterung des Wirkungskreises trat durch die Verordnung vom 25. Juli 1848 „betreffend ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren in Preßprozeßsachen" ein. Wegen der von Amts wegen zu verfolgenden Preßvergehen hatte die Staatsanwaltschaft pflichtgemäß eine polizeiliche Tätigkeit zu entfalten, die Klage zu erheben, sowie das Recht, in der Voruntersuchung Anträge zu stellen. Die Verordnung räumte der Staatsanwaltschaft außerdem die Befugnis ein, Rechtsmittel einzulegen. Durch ein Gesetz vom 13. August 1849 wurde der Staatsanwaltschaft die Verfolgung der durch die Presse verübten Ehrenkränkungen und Verleumdungen wieder entzogen. In vollem Umfange wurde das Institut der Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungs- und Anklagebehörde erst durch das Gesetz vom 17. April 1868 eingeführt. Nach Art. 28 Abs. 1 dieses Gesetzes war die Staatsanwaltschaft berufen, im Interesse der öffentlichen Ordnung den zu ihrer Kenntnis gelangten strafbaren Handlungen weiter nachzuforschen und wegen dieser Klage zu erheben. Nach der Bestimmung des Art. 28 Abs. 2 durfte sie bezüglich aller nicht zur oberamtsgerichtlichen Kompetenz gehörigen Vergehen [29]) vom Einschreiten nur dann absehen, wenn nach ihrer Ansicht die Handlung nicht strafbar oder die Verfolgung ausgeschlossen war oder zureichende Anhaltspunkte für die Untersuchung fehlten. Während Abs. 1 mit den Worten: „Im Interesse der öffentlichen Ordnung" die Geltung des Opportunitätsprinzips anzudeuten scheint, sind im Abs. 2 die drei Voraussetzungen aufgezählt, bei denen auch der heutige, dem Legalitätsprinzip unterstellte Staatsanwalt zum Einschreiten verpflichtet ist, nämlich: das Vorliegen einer strafbaren Handlung, genügende tatsächliche Anhaltspunkte und Verfolgbarkeit. Aus der bestimmten Fassung des Art. 28 Abs. 2 muß m. E. geschlossen werden, daß der Gesetzgeber das Legalitätsprinzip hat gelten lassen wollen. Es kommt hinzu, daß die Fassung des Abs. 2 große Ähnlichkeit mit den auf dem zweiten Deutschen Juristentage (1861) aufgestellten Grundsätzen für die Aufgaben der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung hat, von denen die wichtigste die Forderung des Legalitätsprinzips aus-

[29]) Im wesentlichen die Übertretungssachen, bei denen der Untersuchungsrichter von Amts wegen einschreiten konnte.

sprach[30]). Die Niederlegung des Legalitätsprinzips in dieser Zeit entsprach mithin dem Wunsche des überwiegenden Teiles der Juristen, der in den Beschlüssen des Juristentages zum Ausdruck kam.

Auch Preußen machte sich bereits vor 1848 an eine Reform des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, wie er dort in der durch die Kriminalordnung von 1803 modifizierten Art galt. 1841 entstand ein königlich preußischer Entwurf, der aber wie bisher ein Verfahren inquisitorischer Natur im Auge hatte, und dem das Institut einer Staatsanwaltschaft unbekannt war. Den ersten Anstoß zu einer Neubildung des Instituts gab die Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. Juni 1844. Auf dem Gebiete des Strafverfahrens erhielt die Staatsanwaltschaft zuerst einen Wirkungskreis in dem Kammergerichtsbezirk Berlin durch das „Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen“ vom 17. Juli 1846. Hiernach erhielt die Staatsanwaltschaft das Anklagemonopol (§ 5). Nach § 6 legte ihm sein Amt die Pflicht auf, darüber zu wachen, daß bei dem Strafverfahren den gesetzlichen Vorschriften überall genügt werde. Er hatte nicht bloß darauf zu achten, daß kein Schuldiger der Strafe entgehe, sondern auch darauf, daß niemand schuldlos verfolgt werde. Dieser Bestimmung entspricht wörtlich die des § 6 des Gesetzes vom 3. Januar 1849[31]) über „die Einführung des öffentlichen und mündlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen“, durch das der Anklageprozeß nach den Grundsätzen der Verordnung von 1846 für ganz Preußen mit Ausnahme der Rheinlande Eingang in das Strafprozeßrecht fand. Gemäß § 1 des Gesetzes von 1849 hatte der nach § 3 den Anweisungen des Justizministers unterstellte Staatsanwalt das Anklagemonopol. Nach dem Wortlaut des oben zitierten § 6 hat es den Anschein, als ob das Legalitätsprinzip für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft gilt. Jedoch vertreten Literatur und Praxis übereinstimmend die Ansicht, daß mit der Bestimmung des § 6 nicht eine absolute Strafverfolgungspflicht des Staatsanwalts festgelegt werden sollte, sondern daß das Einschreiten nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses erforderlich war. Preiser[32]) stützt sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht darauf, daß v. Savigny, der die Gesetze über die Organisation der Staatsanwaltschaft vorbereitet habe, die

---

[30]) Verh.d.2.JT. Bd. 1 S. 243 (1861), § 2: die Staatsanwaltschaft kann die strafgerichtliche Verfolgung ablehnen, weil entweder die Handlung nicht unter das Strafgesetz zu stellen, oder die Anzeige nicht mit genügenden Beweisen unterstützt wird.

[31]) In Kraft getreten am 1. 3. 1849.

[32]) Preiser, Legalitätsprinzip ... S. 73/74.

Geltung des Opportunitätsprinzips befürwortet habe[33]). Eine andere Begründung gibt Zachariae[34]): die Aufnahme einer Bestimmung: „die Gerichte und die Staatsanwaltschaften sind voneinander abhängig“ (§ 3 der VO. von 1849) könne nur den vernünftigen Sinn haben, daß die Staatsanwaltschaft frei entscheiden dürfe, ob und inwieweit sie das Rechtsinteresse des Staats vor Gericht zu verfolgen oder wahrzunehmen für notwendig erachte. Eine Stellungnahme zu der Begründung Zachariaes soll hier nicht erfolgen, vielmehr nur eine Stimme dieser Zeit, wie die Bedeutung der Bestimmungen der preußischen Verordnung seinerzeit aufgefaßt wurden, wiedergegeben werden. Ebenso haben v. Groß[35]), Sundelin[36]) und Temme[37]) die Geltung des Opportunitätsprinzips nach der preußischen Verordnung von 1849 angenommen. Letzterer, ein linksradikaler Abgeordneter der Paulskirche, wendet sich vom liberalen Standpunkt gegen die Machtfülle, die die Staatsanwaltschaft durch die Verordnung von 1849 erhalten habe, die für „die Beugung und Unterdrückung des Rechts im Interesse der Regierung kaum gefährlicher gedacht werden“ könne. Als letzte Stimme der Wissenschaft mag die des Kommentators der Verordnung von 1849, Oppenhof, angeführt werden[38]): „Wenn das Gesetz der Staatsanwaltschaft die Pflicht auferlegt, darauf zu achten, daß kein Schuldiger der Strafe entgeht, so ist das nicht dahin zu deuten, als wenn jede, auch die geringfügigste Zuwiderhandlung gegen die Strafgesetze mit Notwendigkeit zum Gegenstand einer Verfolgung gemacht werden müsse.“ „Die Staatsanwaltschaft hat zu prüfen, ob das Interesse der durch den Fall zerstörten öffentlichen Ordnung so erheblich sei, daß ein Einschreiten gerechtfertigt erscheine.“ Die Praxis scheint zunächst im Zweifel darüber gewesen zu sein, ob § 6 für die Staatsanwaltschaft das Opportunitäts- oder Legalitätsprinzip zum Gesetz erhoben hat. Nur so ist die Ministerialverfügung vom 4. April 1854 zu verstehen, in der es heißt[39]): „Die Pflicht der Staatsanwaltschaft, die zu ihrer Kenntnis kommenden strafbaren Handlungen vor Gericht zu verfolgen, wird von einigen Beamten in so weitem Sinne gedeutet, daß sie sich für gebunden erachten, ihre Tätigkeit auch schon bei solchen Gesetzesverletzungen, bei denen ein öffentliches Interesse

---

33) Vgl. oben S. 14.
34) Zachariae, Handbuch Bd. 1 S. 426/27.
35) v. Groß, Verh. d. 2. JT. Bd. 1 S. 135.
36) Sundelin, Die praktischen Fälle ..., GS. 14. Jahrg. Bd. 1 (1862) S. 360.
37) Temme, Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens S. 13 (1850).
38) Oppenhof, Die preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen, Berlin 1860, S. 33.
39) Preuß. Justizministerialblatt 1854 S. 147.

kaum beteiligt erscheint, eintreten zu lassen." „Bei diesem Verfahren wird der Beruf der Staatsanwaltschaft, im öffentlichen Interesse die Anklage zu erheben, nicht genügend festgehalten."[40]) Die Tatsache, daß die gesetzliche Rechtfertigung dieses Erlasses nirgends angefochten worden ist[41]), zeigt ebenfalls, daß § 6 allgemein so verstanden wurde, daß der Staatsanwalt seine Tätigkeit unter dem Gesichtspunkte des Opportunitätsprinzips ausüben sollte.

Das Gesetz vom 3. Mai 1852 betreffend die Zusätze zu der Verordnung vom 3. Januar 1849 brachte nur unbedeutende Abweichungen, nahm teilweise Ideen des nach französischem Vorbild bearbeiteten Entwurfs einer Strafprozeßordnung vom Jahre 1851 auf, änderte aber an der gesetzlichen Festlegung des Opportunitätsprinzips nichts. Auch die folgenden, die Regelung des Strafverfahrens betreffenden Gesetze nahmen in dieser Hinsicht keine Veränderungen vor, insbesondere auch nicht die preußische Strafprozeßordnung vom 25. Juni 1867, durch welche die hinzukommenden Landesteile dem preußischen Recht unterstellt wurden[42]). Ein Beweis, daß die Praxis auch nach dieser Strafprozeßordnung die Geltung des Opportunitätsprinzips annahm, sind die Worte des Abgeordneten Gneist in der Kommissionssitzung des Reichstags anläßlich der Beratung der StPO.[43]): „Würde das Legalitätsprinzip angenommen und streng durchgeführt, so würde der Staatsanwalt vielleicht in doppelt so vielen Fällen einschreiten, als er es jetzt tut. Allein in Preußen beträgt die Zahl der Anzeigen, welche die Staatsanwaltschaft unbeachtet läßt, 140 000 im Jahr."

In Sachsen wurde das Institut der Staatsanwaltschaft durch das Gesetz vom 23. November 1848 eingeführt. Der Staatsanwalt hatte das Recht, die Voruntersuchung zu beantragen, am Schluß derselben die Anklage zu erheben und diese in der Verhandlung zu vertreten. Das Institut hatte jedoch im allgemeinen eine sehr beschränkte Wirksamkeit und wurde am 21. November 1850 in der auf das Jahr 1848 folgenden Reaktionszeit wieder aufgehoben und bis zum Jahre 1855, als die Staatsanwaltschaft durch ein Gesetz vom 13. August seine endgültige Regelung erfuhr, nicht wieder eingeführt. Nach Art. 20 des Gesetzes von 1855 hatte die Staatsanwaltschaft darüber zu wachen, daß niemand der durch eine strafbare Handlung verwirkten Ahndung entgehe. Vor den Gerichten unterster Ordnung fand eine Mitwirkung des Staatsanwalts nicht statt (Art. 358), sondern der Richter schritt von Amts wegen ein. Das Gesetz hat, wie die hannoveranische, die

[40]) Ähnlich ein Justizministerialerlaß vom 22. 9. 1849 (JMBl. S. 425).
[41]) Vgl. v. Groß, Verh. d. 2. JT. (1861) Bd. 1 S. 135.
[42]) Vgl. dort die dem § 6 ähnelnde Bestimmung des § 2; auch § 36.
[43]) Hahn Bd. 1 S. 707.

württembergische und die österreichische Strafprozeßordnung im Art. 1 eine Bestimmung, die auf die Geltung des Opportunitätsprinzips hindeutet: „Verbrechen werden im öffentlichen Interesse zur Bestrafung gezogen.“ In der Praxis hat aber nach Aussage des sächsischen Generalstaatsanwalts v. Schwarze das Legalitätsprinzip gegolten[44]). Wie Preiser[45]) aber mit Recht bemerkt, kann dahingestellt bleiben, inwieweit diese Auffassung der Praxis auf v. Schwarze selbst, den eifrigsten Verfechter des Legalitätsprinzips, zurückzuführen ist. Diese Ansicht Preisers erhält ihre Begründung noch weiterhin dadurch, daß v. Schwarze überhaupt die Meinung vertrat, daß nach allen Strafprozeßordnungen der Partikularstaaten das Legalitätsprinzip in Geltung war, und keine Prozeßordnung eine das Opportunitätsprinzip direkt oder indirekt billigende Vorschrift aufgenommen hat[46]).

In diesem Zusammenhang darf die Betrachtung der Regelung des Strafverfolgungsrechtes des Staatsanwalts in Österreich nicht übergangen werden; denn die österreichische Rechtswissenschaft war auch nach dem Zerfall des alten deutschen Reiches nichts anderes als ein Zweig der deutschen Rechtswissenschaft. Durch ein provisorisches Gesetz über das Verfahren in Preßsachen vom 29. März 1848 wurde gegen den Mißbrauch der Presse die Staatsanwaltschaft als öffentliche Anklagebehörde eingeführt. Eine beträchtliche Erweiterung des Wirkungskreises und eine umfassende Regelung erhielt das Institut in der Strafprozeßordnung vom 17. Januar 1850, der erkennbar das französische Vorbild zugrunde gelegen hatte. Nach § 52 waren die Mitglieder der Staatsanwaltschaft von den Gerichten unabhängige[47]), dem Anweisungsrecht des Justizministers unterstellte Beamte. Als Regel herrschte das Anklagemonopol. Nach § 57 Abs. 1 hatte der Staatsanwalt alle strafbaren Handlungen, welche zu seiner Kenntnis kamen und nicht bloß auf Verlangen eines Beteiligten zu untersuchen und zu bestrafen waren, von Amts wegen zu verfolgen und das wegen deren Untersuchung und Bestrafung durch das zuständige Gericht Erforderliche zu veranlassen. Hiernach hat es zunächst den Anschein, als ob das Legalitätsprinzip ausgesprochn ist. Dagegen spricht aber einmal die starke Anlehnung an das französische Institut der Staatsanwaltschaft, zum andern die Bestimmung des § 57 Abs. 2, wonach die Staatsanwälte in der Voruntersuchung „den durch das Ver-

---

[44]) Hahn Bd. 1 S. 707.

[45]) Preiser, Legalitätsprinzip ... S. 72.

[46]) v. Schwarze, Kommentar zu der deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1878, S. 291.

[47]) Hieraus schließt Zachariae (Handbuch Bd. 1 S. 426/27) wiederum wie in Preußen die Geltung des Opportunitätsprinzips.

brechen verletzten Staat zu vertreten" haben [48]), insbesondere aber auch die Bestimmung des § 94, nach welcher der Staatsanwalt alle über Verbrechen und Vergehen an ihn gelangenden Anzeigen, welche er für „erheblich" erachtet, dem Untersuchungsrichter mit den geeigneten Anträgen mitzuteilen hat. Auch hier muß in dem Ausdruck „erheblich" das Recht des Staatsanwalts gesehen werden, geringfügige und die Öffentlichkeit nicht berührende Verbrechen unverfolgt zu lassen. Durch eine kaiserliche Verordnung vom 20. und 21. Januar 1852 wurde diese mit den Forderungen einer unabhängigen und unparteiischen Rechtspflege unvereinbare Nachbildung der Stellung der französischen Staatsanwaltschaft wieder aufgegeben [49]). Die bald darauf folgende Strafprozeßordnung vom 29. Juli 1853 ergab aber im wesentlichen das gleiche Bild wie das Gesetz vom Jahre 1850. Klarer trat das Verhältnis der gegenseitigen Unabhängigkeit des Gerichts und der Staatsanwaltschaft hervor [50]). Hierin muß trotz der Bestimmung des § 30 a, welche es der Staatsanwaltschaft zur Pflicht machte, über jedes ihr bekannt gewordene Verbrechen und Vergehen sogleich das Untersuchungsverfahren zu veranlassen, die Geltung des Opportunitätsprinzips gesehen werden [51]). Gegenüber der Stellung der Staatsanwaltschaft nach dem Gesetz vom Jahre 1850 weist die nach der Strafprozeßordnung von 1853 weiter die Besonderheit auf, daß der beherrschende Einfluß, der der Staatsanwaltschaft nach der Strafprozeßordnung von 1850 zukam, in einen bloß anregenden, mitwirkenden und kontrollierenden umgewandelt wurde [52]).

Eine vollständige Umwandlung der geltenden Grundsätze für die Strafverfolgungsaufgaben des Staatsanwalts brachte die Strafprozeßordnung vom Jahre 1873. Der zehnte und letzte Entwurf zu diesem Gesetz war von dem früheren Professor, dem Justizminister Glaser angefertigt, der auch für Deutschland und die deutsche Rechtswissenschaft von großer Bedeutung war. Dieser hatte sich schon immer gegen eine unbeschränkte Gültigkeit des Opportunitätsprinzips eingesetzt [53]). Zur Rechtfertigung seines Entwurfs in dem Herrenhause führte er in einer Rede am 19. Februar 1873 aus [54]): „Die Strafprozeßordnung ist weit davon entfernt, etwa eine Opportunitätspolitik

---

48) Preiser S. 72; Richter S. 23.

49) Ullmann, Lehrbuch des österr. Strafprozeßrechts, 2. Aufl. 1882 S. 277/78.

50) §§ 31, 34 u. 36.

51) Vgl. Heye-Glunek zu § 32.

52) Ullmann, Österr. Strafprozeßrecht S. 278.

53) Vgl. Glaser, Replik gegen Freiherrn v. Groß, Kl. Schr. S. 539.

54) Abgedruckt in Kl. Schr. S. 820 ff. Die hier angezogene Stelle S. 840.

zuzulassen." [55]) „Von einem freien Ermessen des Staatsanwaltes, vermöge dessen er aus Opportunitätsgründen eine Verfolgung zu unterlassen vermöchte, wird wohl, wenn dieses Gesetz zustande kommt, nicht gesprochen werden können." [56]) [57]) Auch die Praxis handelte nach dem Legalitätsprinzip, wie ein Justizministerialerlaß vom 17. Mai 1902 beweist [58]).

III. Kritik und Reformbestrebungen zur Gesetzgebung der Einzelstaaten.

a) Übersicht.

Die Darstellung der Entwicklung der für die Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung leitenden Grundsätze in den großen und wichtigsten deutschen Ländern genügt zur Erkenntnis der alle Partikulargesetzgebungswerke vom Beginne der Reformbestrebungen an bis zur Schaffung einer Reichsstrafprozeßordnung einheitlich beherrschenden Ideen der Ausgestaltung des Instituts der Staatsanwaltschaft [59]). Trotz der großen Verschiedenheit der Regelung im Einzelnen mußte doch bei der Gleichheit der geschichtlichen Grundlagen, von denen man bei der Reform ausging, bei der übereinstimmenden Erkenntnis der Mängel des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, bei der Gleichheit der politischen und sozialen Bedingungen, unter denen die Reformen vorzunehmen waren, bei der fast allen Prozeßordnungen ge-

---

[55]) Der betreffende Paragraph des Entwurfs hieß: Die Staatsanwälte haben alle strafbaren Handlungen, welche zu ihrer Kenntnis kommen und nicht bloß auf Begehren eines Beteiligten zu untersuchen und zu bestrafen sind, von Amts wegen zu verfolgen und daher wegen deren Untersuchung und Bestrafung durch das zuständige Gericht das Erforderliche zu veranlassen (Gesetz geworden im § 32).

[56]) Trotzdem ist die Ansicht vertreten worden, daß das Opportunitätsprinzip festgelegt ist. So John, Kommentar Bd. II (1888) S. 56.

[57]) Das Wort „wohl" ist augenscheinlich damit zu rechtfertigen, daß nach § 30 die Mitglieder der Staatsanwaltschaft in dem ihnen angewiesenen Wirkungskreis „die Interessen des Staates" zu wahren haben.

[58]) Abgedruckt bei Löffler-Lorenz S. 98/99: ... Die Gefahr des Freispruchs seitens der Geschworenengerichte darf nicht an der Beibehaltung des Legalitätsgrundsatzes irre machen ...

[59]) Nach Preiser (S. 72) galt das Opportunitätsprinzip noch in folgenden Staaten: Braunschweig, StPO. vom 21./22. 8. 1849; Anhalt-Dessau, StPO. vom 26. 7. 1850; Sachsen-Coburg-Gotha, StPO. vom 21. 9. 1857. Dagegen „scheine" nach Preiser (S. 73) in Oldenburg, Gesetz vom 2. 11. 1857, und Kurhessen, Gesetze vom 31. 10. 1848 das Legalitätsprinzip gegolten zu haben. Eine Nachprüfung dieser Behauptungen konnte nicht erfolgen, da die Gesetzestexte nicht vorlagen.

meinsamen Anlehnung an das französische Strafverfahren, bei der Macht der öffentlichen Meinung in Deutschland, welche gleichmäßig auf dieselben Vorbilder hinwies, endlich und nicht zum wenigsten bei dem Einfluß, den die deutschen Fürsten durch die Person der Justizminister auf die Reform ausübten, die Reform wenigstens in ihren Grundideen gleiche Wege bei allen Prozeßordnungen gehen. Weit unterschieden sich zwar die verschiedenen Gesetze in dem Umfang der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft: einige gaben dem Staatsanwalt einen umfassenden Wirkungskreis auf administrativem und zivilprozessualem Gebiet, andere ließen ihn nur im Strafverfahren tätig werden; einige statteten ihn mit einem ausschließlichen Strafverfolgungsrecht aus, während andere neben ihm den Untersuchungsrichter zur Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen ermächtigten; einige ließen ihn wiederum nur bei schweren Straffällen tätig werden, während er bei anderen bei allen vorgefallenen Straftaten mitwirken mußte; bei einigen war schließlich seine Tätigkeit im wesentlichen auf das Hauptverfahren beschränkt, während andere Prozeßordnungen ihm auch einen Wirkungskreis im Vorverfahren gaben. Allen Strafprozeßordnungen vor und um das Jahr 1848 war aber gemeinsam, daß die Staatsanwaltschaft, sei der Umfang ihrer Tätigkeit in den einzelnen Gesetzen auch noch so verschieden, nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses zum Einschreiten verpflichtet war. Mit Ausnahme von Sachsen handelte auch die Praxis nach dem Opportunitätsgrundsatz. Der **Grund für die Festlegung des Opportunitätsprinzips** wird einmal in dem energischen und unermüdlichen Sicheinsetzen bedeutender Kriminalisten wie Mittermaier für das Prinzip liegen. Ein weiterer gesetzgeberischer Grund ist darin zu finden, daß das französisch-rheinische Strafverfahren den Praktikern wie Theoretikern zu dieser Zeit das allein bekannte war und man daher zu diesem Vorbilde griff, dabei nicht erkennend, daß gerade das französische Verfahren nach dem Code d'Instruction Criminelle eine Verschmelzung der Forderungen der Freiheit mit denen des Despotismus Napoleons war. Endlich mag der Umstand mitgespielt haben, daß man sich überhaupt noch nicht über die Tragweite der durch das Institut der Staatsanwaltschaft einzuführenden Neuerungen klar war. Das Ziel der Reformatoren war vor allen Dingen der Schutz des Angeklagten vor unschuldiger Verurteilung. Man griff zum Institut der Staatsanwaltschaft, weil man glaubte, daß durch ein Aufeinanderstoßen zweier Parteien in einer öffentlich-mündlichen Verhandlung die beste Gewähr für das Finden einer der materiellen Wahrheit entsprechenden Entscheidung des Richters gegeben sei, und daß dieses Ziel nur zu erreichen sei, wenn zur Vermeidung der Befangenheit

des strafenden Richters die Reinigung des Richteramtes von der Strafverfolgungstätigkeit durch Einführung einer besonderen Strafverfolgungsbehörde erfolge. Die Gefahr, daß durch die mit dem Opportunitätsprinzip ausgestattete Staatsanwaltschaft das Interesse der Gesamtheit durch das Unterlassen von Strafverfolgungen verletzt werden könne, erkannte man nicht. Es war gegeben, daß die Regierungen bei ihren Gesetzesvorlagen, in denen sie nun einmal den stürmischen Forderungen des Volkes mehr oder weniger ungern nachgeben mußten, diesen Umstand zu ihren Gunsten ausnutzten und mit der Einführung des Staatsanwalts das Opportunitätsprinzip zur Geltung brachten, wodurch ihnen ein willkommenes Organ zur Wahrung der staatlichen Interessen gegenüber den das Interesse des Individuums und der Gesellschaft allzusehr in den Vordergrund stellenden Forderungen der liberalistischen Revolution geschaffen wurde.

Aus der Darstellung der Entwicklung des Strafverfolgungsrechts der Staatsanwaltschaft in den Gesetzen der Partikularstaaten ergibt sich weiter, daß, je mehr es dem Jahre 1870 zugeht, in den neugeschaffenen Strafprozeßordnungen das Legalitätsprinzip festgelegt wurde. Das hat seinen Grund in der Stellung der Wissenschaft, des Juristentages und der öffentlichen Meinung zu den Ergebnissen der Reformgesetzgebung des Jahres 1848.

Für die Stellungnahme der Wissenschaft zu der gesetzgeberischen Regelung des Strafverfolgungsrechts der Staatsanwaltschaft in den Gesetzgebungen der deutschen Länder der Zeit vor und um das Jahr 1848 sind zwei Gesichtspunkte, unter denen die Kritik geübt und Reformvorschläge gemacht wurden, besonders auffallend.

Der eine ist der starke Einfluß der politischen Anschauungen auf die Diskussionen. Dieser hatte seinen Grund in der seit Einführung der konstitutionellen Monarchie wachsenden Anteilnahme des Volkes, insbesondere der Juristen und unter diesen an hervorragender Stelle der Kriminalisten an der Ausgestaltung der politischen Grundsätze. Die Tatsache, daß gerade im Strafrecht und im Strafprozeß die Verfassungsgedanken eines Volkes sichtbar werden, eine Änderung der Strafverfahrensgrundsätze mithin die Grundverhältnisse von Staat und Gesellschaft berühren, hatte zur Folge, daß die Erörterung der Strafprozeßrechtsprinzipien, insbesondere die über das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip unmittelbar in den politischen Parteienmeinungsstreit gezogen werden mußten.

Auffallend, und die Erkenntnis der Ansichten der Wissenschaftler erschwerend, ist zweitens die Verquickung der Frage, ob bei einer Reform der Staatsanwaltschaft dem Legalitäts- oder

Opportunitätsprinzip der Vorzug zu gönnen sei, mit der Erörterung anderer Grundsätze der Ausgestaltung der Strafverfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft, vor allem mit der Frage, ob die Staatsanwaltschaft am zweckmäßigsten als eine mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestaltete Justizbehörde oder als eine vom Justizminister abhängige Verwaltungsbehörde organisiert werden müsse; weiter mit der Frage, ob und inwieweit ausschließlich oder neben dem Anklagerecht des Staatsanwalts eine Privat- oder Popularklage zugestanden werden müsse; endlich mit der Frage der Ausgestaltung des Verhältnisses des Gerichts zur Staatsanwaltschaft. Auch spielt die gleichzeitige Erörterung der Strafrechtstheorien mit hinein.

Es ist nun unmöglich, die Äußerungen der Wissenschaftler, die sich in dieser Zeit über das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip ausgelassen haben, völlig isoliert zu betrachten. Aus dem Zusammenhang gerissen würde sich allein schon deshalb ein falsches Bild ergeben, weil die Ausdrücke: „Opportunitätsprinzip" und „Legalitätsprinzip" bis zum Jahre 1860 noch nicht bekannt waren und nach 1860 die Begriffe in verschiedener Bedeutung vorkommen. Es kommt hinzu, daß die oben aufgezählten Fragen auch für unsere heutigen Anschauungen, die sich auf einer reinlichen Trennung der Begriffe aufbauen, teilweise in einem untrennbaren Zusammenhange zu dem Problem: Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip stehen. Das bedarf näherer Erklärung:

Besonders enge Beziehung hat die Frage, ob die Staatsanwaltschaft ein unabhängiges Gerichtsorgan oder eine von der regierenden Gewalt abhängige Verwaltungsbehörde sein müsse mit der Frage, ob bei einer eventuellen Reform des Strafprozesses das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip gesetzlich niederzulegen sei. Die innere Beziehung dieser Probleme ist je nach dem Umfange des Einflusses der regierenden Gewalt auf die Staatsanwaltschaft und dem Umfange des Anweisungsrechts der Minister auf deren Strafverfolgungstätigkeit eine mehr oder weniger enge. Bisweilen ist sie eine unmittelbare, bisweilen nur eine mittelbare. Geht die Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft so weit, daß der Justizminister bei einer dem Legalitätsprinzip unterstellten Staatsanwaltschaft Anweisungen erteilen kann, die gegen die Strafverfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft verstoßen, ist mithin der Minister selbst nicht an das Legalitätsprinzip gebunden, so ist damit der Grundsatz der Legalität stark erschüttert. In Fällen, in denen der Minister von seinem Anweisungsrecht Gebrauch macht, gilt praktisch das Opportunitätsprinzip: Das Unterlassen der Strafverfolgung aus

Zweckmäßigkeitsgründen heraus im einzelnen Fall ist zwar nicht auf einen Entschluß des Staatsanwalts zurückzuführen, wohl aber auf den diese Erwägungen anstellenden, dem Staatsanwalt kraft dessen Gehorsamspflicht die Untätigkeit anbefehlenden Minister. Ortloff[60]) nimmt für eine Strafprozeßordnung, die das Amt der Staatsanwaltschaft derartig ausgestaltet hat, die Geltung des Opportunitätsprinzips an. Eine mittelbare Beziehung zwischen diesen beiden Fragenkomplexen besteht dagegen nur dann, wenn der Minister selbst an das Legalitätsprinzip gebunden ist, dem Staatsanwalt mithin rechtsgültige Anweisungen, strafbare Handlungen unverfolgt zu lassen, nicht geben kann. Eine starke Regierung kann aber dann trotzdem, insbesondere wenn nicht genügende Garantien zur Aufrechterhaltung des Legalitätsprinzips bestehen, dadurch Einfluß auf den Umfang der Strafverfolgungen gewinnen, daß sie bei der Anstellung und Abberufung der Staatsanwälte die Staats- und Regierungsinteressen wahrnimmt. Praktisch hat eine starke Regierung ferner die Möglichkeit einer weitgehenden Einflußnahme dann, wenn sie über eine Staatsanwaltschaft verfügt, der das Staats- und Regierungsinteresse höher steht als das Interesse des einzelnen Staatsbürgers oder der Gesellschaft. Es liegt in der Natur der Unbestimmtheit der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen der Staatsanwalt zum Einschreiten nach dem Legalitätsprinzip verpflichtet ist, und in der Natur des Ermessens des Staatsanwalts bei der Prüfung der Begründetheit des Straffalls in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, daß trotz der Geltung des Legalitätsprinzips bei einer klugen Ausübung des Anweisungsrechts so etwas wie eine opportune Handhabung der Strafverfolgung erfolgen kann. Die Beziehung dieser Probleme zueinander kommt bei den Erörterungen über das Legalitätsprinzip dadurch zum Ausdruck, daß die Anhänger eines möglichst streng durchgeführten Legalitätsprinzips in der Regel die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der regierenden Gewalt fordern.

Die Berührungspunkte zwischen dem Legalitätsprinzip einerseits und der Privat- und Popularklage andererseits sind je nach dem Umfange des Klagerechts von Privatpersonen mehr oder weniger groß. Als Grundsatz ist der Satz aufzustellen, daß die Begriffe überhaupt nichts miteinander zu tun haben; denn die Privat- und Popularklage sind keine Ausnahmen vom Legalitätsprinzip, sondern besondere Prozeßformen und Ausnahmen von dem Prinzip des Anklagemonopols des Staatsanwalts. Dieses gilt in seiner vollen

---

[60]) Ortloff, Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. Bd. 49 (1894) S. 280; ebenso John, Kommentar Bd. II S. 56 ff.

Tragweite jedoch nur für die ausschließliche Privatklage. Hier ist die Strafverfolgung allein von dem Ermessen des oder der Verletzten abhängig. Das öffentliche Interesse wird von vornherein verneint. Es ist nicht von Opportunität, auch nicht von Legalität, sondern lediglich von der Dispositionsbefugnis des Verletzten die Rede. Findet sich das Anklagerecht des Staatsanwalts und das der Privatpersonen nebeneinander, so ist die Regel, daß die Staatsanwaltschaft ihre Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt des Opportunitätsprinzips auszuüben hat[61]). Endlich kommt die Privat- und Popularklage noch als subsidiäre Erscheinung vor: das Klagerecht der Privatpersonen kann erst bei der Weigerung des Staatsanwalts, zur Strafverfolgung zu schreiten, ausgeübt werden. Die subsidiäre Popular- und Privatklage kann sowohl in Prozeßordnungen, in denen das Legalitätsprinzip wie in solchen, in denen das Opportunitätsprinzip gilt, auftreten. Bei Gültigkeit des Legalitätsprinzips kann die subsidiäre Privat- oder Popularklage als den Gedanken der Legalität verstärkendes Institut bezeichnet werden. Gilt das Opportunitätsprinzip, so liegt die Beziehung der Begriffe darin, daß das Interesse des Verletzten oder der Gesellschaft an der Verfolgung einer strafbaren Handlung neben dem durch die Staatsanwaltschaft vertretenen öffentlichen Interesse seinen Platz findet.

Schließlich werden die Erörterungen über das Legalitätsprinzip häufig in Zusammenhang mit den Erörterungen der Strafrechtstheorien gebracht: Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien fordern in der Regel das Legalitätsprinzip, Anhänger der relativen Strafrechtstheorien in der Regel das Opportunitätsprinzip.

Die Zeit von 1848 bis zur Schaffung der Reichsstrafprozeßordnung muß in der Behandlung der das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip betreffenden Fragen in zwei Abschnitte geteilt werden. Der erste geht bis zum Jahre 1860, als zum ersten Male die Begriffe „Legalitätsprinzip" und „Opportunitätsprinzip" erscheinen und damit die Erörterungen, die bis zum Jahre 1860 die Fragen naturgemäß nur streifen konnten, ihre klaren Voraussetzungen erhielten.

b) Die Zeit von 1848 bis 1860.

Einer der Schriftsteller, der sich bald nach der Einführung der Staatsanwaltschaft in den Reformgesetzen mit dem Problem: Opportunitäts- oder Legalitätsprinzip beschäftigte, ist der linksradikale Abgeordnete der Paulskirche, Temme. Er führte sich in seiner Streit-

---

[61]) So z. B. in der StPO. §§ 414 ff. alter Fassung.

schrift: „Die Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens“ [62]) mit den Worten ein: „die Revolution ist noch nicht zu Ende“; „sie kann unter allen Umständen nur mit der vollen Anerkennung der Rechte des deutschen Volkes endigen“. Als Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien [63]) lehnte er die Art der Regelung der Strafverfolgung der Staatsanwaltschaft in den Reformgesetzen ab. Der Aufgabe des Strafverfahrens, „jedem die nach dem Recht für seine verbrecherische Handlung notwendige Strafe zuteil werden“ [64]) zu lassen, würde die Staatsanwaltschaft so nicht gerecht. Temme forderte demgegenüber eine Staatsanwaltschaft, die „nicht im eigenen Interesse, oder in dem dritter Personen, vielmehr nur im Interesse des Rechts anklage“ [65]). Je mehr die staatlichen Institutionen dem Zweck des Strafverfahrens, den Schuldigen zu bestrafen, den Unschuldigen vor Strafe zu schützen, gerecht werde, desto freier und desto mehr seiner Freiheit bewußt sei ein Volk [66]).

Eine ähnliche Ansicht vertritt Köstlin [67]), wenn er sagt [68]), daß der Zweck des Strafrechts die unbedingte Wiederaufhebung des durch das Verbrechen gesetzten Unrechts, mithin die Geltendmachung des Rechts als solchen um seiner selbst willen, der Strafprozeß aber nichts anderes, als die Vermittlung für diese Tätigkeit des Staats im einzelnen Fall sei. Ebenso kann als gedanklicher Vorbereiter der dem Legalitätsprinzip zugrunde liegenden rechtspolitischen Erwägungen Lippert [69]) bezeichnet werden, wenn er von einer „durch keine äußeren Einflüsse beschränkten Herrschaft des Gesetzes“ spricht. Als Vorkämpfer für das Legalitätsprinzip muß weiter Ortloff [70]) angesehen werden. Für ihn [71]) ist ebenfalls der Zweck der Strafrechtspflege die Erzielung der höchsten Gerechtigkeit ohne Rücksicht auf

---

[62]) Arnsberg und Hamm, 1850.

[63]) Temme a. a. O. S. 1.

[64]) Temme a. a. O. S. 2.

[65]) Temme a. a. O. S. 28; folgerichtig müßte Temme auch das Unterlassen der Strafverfolgung bei den das öffentliche Interesse nicht berührenden Straftaten für nicht zulässig erachten müssen.

[66]) Temme a. a. O. S. 4.

[67]) Köstlin, Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, Tübingen 1849.

[68]) Köstlin a. a. O. S. 21.

[69]) Lippert, Ursprung und Entwicklung und Werth der französischen Staatsanwaltschaft, GS. Jahrg. I Bd. 2 S. 60 ff., hier S. 71.

[70]) Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen Jena 1858. Als besonders scharfer Vertreter des Legalitätsprinzips zeigte sich Ortloff bedeutend später in seiner Schrift: Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. 49. Jahrg. (1894) S. 264 ff.

[71]) Ortloff a. a. O. S. 32, 33 u. 36.

staatliche Interessen. Im Wesen des Staats liege die Negation des Unrechts und die Erhaltung der Rechtsordnung um ihrer Selbstgeltung willen begründet[72]). In dieser Reihe ist ferner noch der sächsische Generalstaatsanwalt v. Schwarze[73]) zu nennen, einer der entschiedensten Anhänger des Legalitätsprinzips in späteren Zeiten, der wie Geib[74]) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gerechtigkeit dem Staatsanwalt eine unabhängige, unabsetzbare, richterliche Stellung geben will. Ähnlich spricht sich der Staatsanwalt Haager[75]) aus, wenn er einen Staatsanwalt als Wächter und Vertreter des Gesetzes fordert, der gleich dem Richter, welcher als der Vollzieher des Gesetzes jede Gesetzesübertretung zu bestrafen habe, gegen jede Übertretung und Verletzung des Gesetzes einschreiten müsse.

Als entschiedener Verfechter des Opportunitätsprinzips in dieser Zeit finden wir dagegen Mittermaier. Er kann als einziger angesehen werden, der die Frage, ob dem Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip der Vorzug zu gönnen sei, von der Frage, ob die Staatsanwaltschaft eine vom Justizminister unabhängige Behörde oder eine der regierenden Gewalt unterworfene Verwaltungsbehörde sein müsse, begrifflich trennte. Er setzte sich für eine Staatsanwaltschaft als unabhängiges Justizorgan ein, das seine Strafverfolgungstätigkeit unter dem Gesichtspunkt des Opportunitätsprinzips auszuüben habe[76]). Die Vorteile einer Staatsanwaltschaft, welche die Strafverfolgung bei geringfügigen, bei den die Staatsinteressen nicht verletzenden Straftaten und bei Gesetzesübertretungen, bei denen ein Einschreiten aus sittlichen oder höheren politischen Rücksichten schädlich sei, unterlassen könne, lobt nach eingehendem Studium des französischen Strafverfahrens Frey[77]). Als Anhänger des Opportunitätsprinzips ist ferner v. Tippelskirch[78]) zu bezeichnen, der eine weitgehende Beteiligung Privater an der Strafverfolgung forderte, und dem Staatsanwalt ein ausschließliches Verfolgungsrecht nur bei

---

72) Ortloff a. a. O. S. 33.

73) Die Stellung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft, GS. 11. Jahrg. (1859) S. 3 ff., insbes. S. 13.

74) Geib, Die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848, S. 99/100.

75) Haager, Über die Stellung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, GS. 11. Jahrg. (1859) S. 350 ff., insbes. S. 364.

76) Mittermaier, Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen 1856, S. 179 ff., 180, 184, 185.

77) Frey, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich (1850) S. 230.

78) v. Tippelskirch, Beiträge zur künftigen Strafprozeßordnung für Preußen, GoltdArch. 1854 S. 30.

den gegen den Staat und die öffentliche Ordnung gerichteten strafbaren Handlungen geben will, in allen übrigen Fällen aber ein Eingreifen nur dann für erforderlich hält, wenn der Beschädigte selbst nicht als Ankläger auftritt, das Verbrechen aber ein solches ist, welches von Amts wegen verfolgt werden müsse. Die Stellung eines Verwaltungsorgans mit der Befugnis, Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen, will endlich der preußische Staatsanwalt v. Stemann[79]) der Staatsanwaltschaft geben. Für ihn „beruht die Einführung der Staatsanwaltschaft gerade auf dem Gedanken der Trennung der Justiz von der Verwaltung im Strafverfahren, in welchem bisher die nämliche Behörde nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit wie nach Gründen des Rechts zu verfahren hatte“ [80]).

c) Die Zeit von 1860 bis 1879.

Einen neuen Impuls erhielt die Behandlung der Fragen um das Jahr 1860. Es begann die Zeit, in der man die Unzulänglichkeit des Zustandes der Zersplitterung des deutschen Strafverfahrens durch die Partikulargesetzgebung erkannte und versuchte, für ein neu zu schaffendes, gemeines deutsches Strafprozeßrecht einheitliche Grundsätze zu schaffen. Den Anfang machte Planck mit seinem Werk: „Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens“ [81]). Er beschränkte sich auf die Darstellung der Strafverfahrensgrundsätze nach den Bestimmungen der Partikulargesetzgebung, ohne Reformvorschläge zu machen. Ein weitgehendes Verdienst um die Aufstellung einheitlicher Grundsätze hat sich der deutsche Juristentag gemacht, der seit dem Jahr 1860 regelmäßig zusammentrat. Er machte in hervorragendem Maße die die Ausgestaltung des Instituts der Staatsanwaltschaft betreffenden Fragen zum Gegenstand seiner Beratungen und Beschlüsse. Schon auf dem ersten Juristentag (Berlin 1860) brachte Mittermaier „die Regelung des Verhältnisses der Polizeibehörden, des Staatsanwalts und Untersuchungsrichters in bezug auf den Umfang der jedem dieser Beamten zustehenden Befugnisse in der strafgerichtlichen Voruntersuchung“ in Anregung[82]).

Veranlaßt durch eine Schrift Glasers[83]), in der dieser auf die Bedeutung des amtlichen Ermessens bei der Strafverfolgungstätig-

---

[79]) v. Stemann, Über die Fortbildung des Instituts der Staatsanwaltschaft, GoltdArch. VIII (1860) S. 41 ff.

[80]) v. Stemann a. a. O. S. 41.

[81]) Göttingen 1857.

[82]) Verh. d. 1. JT. S. 127.

[83]) Glaser, Das Prinzip der Strafverfolgung (1860), Kl. Schr. S. 523 ff.

keit und der Notwendigkeit der Beteiligung von Privatpersonen bei den das Staatsinteresse nicht verletzenden Straftaten hingewiesen hatte, wurde von dem Rechtsanwalt Lewald auf dem ersten Juristentage folgender Antrag eingebracht: „Der Juristentag wolle als seine Rechtsüberzeugung aussprechen: Jedem Privatbeteiligten ist die Erhebung der Anklage in solchen Fällen zu gestatten, wo sich die Staatsanwaltschaft dessen weigert.“ [84])

Zur Verhandlung kam der Antrag nebst einigen weiteren, die Beschränkung des dem Staatsanwalt ausschließlich zustehenden Anklagerechts fordernden Nebenanträgen erst auf dem Zweiten Juristentag (Dresden 1861), zu dem von dem Oberstaatsanwalt v. Groß und dem Obertribunalrat v. Seckendorff Gutachten der Anträge auf Veranlassung des ständigen Ausschusses des Juristentages abgegeben wurden. v. Groß erkannte bei der Bearbeitung des Gutachtens [85]), daß die Frage des Anklagemonopols und der Ausdehnung der Privatklage nicht von der Frage der Stellung der Staatsanwaltschaft bei der Ausübung ihrer Strafverfolgungstätigkeit zu trennen sei und gab der Erörterung über das Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip als „Vorfrage“ zu seinem Gutachten Raum. Er forderte grundsätzlich die Geltung des Legalitätsprinzips [86]) und erklärte sich gegen die Aufnahme einer Bestimmung, nach der die Staatsanwaltschaft nur bei Vorliegen eines „wirklichen öffentlichen Interesses“ zum Einschreiten verpflichtet sei [87]). Eine Ausnahme machte er nur für geringfügige Straftaten, für die er nach dem Satz: „minima non curat praetor“ die Geltung des Opportunitätsprinzips zulassen wollte. v. Seckendorff dagegen geht in seinem Gutachten davon aus, daß die Staatsanwaltschaft ihre Tätigkeit nach dem Opportunitätsprinzip auszuüben hat [88]), forderte aber als Ausgleich gegen das Unterlassen der Anklage eine weitgehende Ausdehnung der subsidiären Privatklage. Die beiden Gutachten wurden von der ständigen Deputation dem Oberstaatsanwalt v. Schwarze zum Vortrag überwiesen. Die in dessen Vortrage aufgestellten Sätze und dazu ausgearbeiteten Motive fanden die einstimmige Genehmigung der Deputation [90]). Die das Legalitätsprinzip betreffenden Sätze lauten [91]):

---

[84]) Verh.d.1.JT. S. 71.

[85]) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 131 ff.

[86]) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 138.

[87]) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 211.

[88]) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 207.

[90]) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 242. Bemerkenswert ist, daß auch Glaser, der fälschlich in der Regel als Anhänger des Opportunitätsprinzips bezeichnet wird (Richter S. 34, Carsten S. 53), für den Vorschlag in der Deputation stimmte (vgl. Verh.d.2.JT. Bd. II S. 328/29).

„§ 1.

Die Untersuchung einer strafbaren Handlung wird in der Regel durch den Staatsanwalt veranlaßt, indem das Verbrechen nicht bloß als eine Verletzung des Individuums, sondern zugleich der Gesamtheit sich darstellt. Bei besonders geringen Verbrechen kann das Gesetz die Erhebung der Anklage ausnahmsweise dem Beschädigten zuweisen und die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft ausschließen.

§ 2.

Die Staatsanwaltschaft kann die strafgerichtliche Verfolgung ablehnen, weil entweder die Handlung nicht unter das Strafgesetz zu stellen oder die Anzeige nicht mit genügenden Beweisen unterstützt wird."

Damit waren die Erörterungen über das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in den Vordergrund der Betrachtungen des Juristentages gestellt und zugleich die Forderung nach der Geltung des Legalitätsprinzips in eine klare Formel gebracht; denn § 2 konnte und sollte nur so aufgefaßt werden, daß mit dieser Bestimmung die Fälle, in denen der Staatsanwalt zum Absehen von der Strafverfolgung berechtigt war, erschöpfend aufgezählt waren, das Unterlassen der Strafverfolgung aus anderen Gründen, insbesondere Zweckmäßigkeitserwägungen also unzulässig sein sollte[92]. Zur Begründung seiner Ansicht führte v. Schwarze aus, daß es bedenklich sei, dem Staatsanwalt eine Befugnis einzuräumen, welche ihn aus der unbefangenen und lediglich das Gesetz zur Richtschnur nehmenden Stellung drängen würde[93].

In der Sitzung der dritten Abteilung des zweiten Juristentages entschied sich nach stürmischen und umfangreichen Verhandlungen die Mehrheit für das Legalitätsprinzip in der von v. Schwarze und der Deputation aufgestellten Fassung[94]. In den vorangehenden Auseinandersetzungen trat als Anführer der Minorität der Oberstaatsanwalt v. Tippelskirch für die Geltung des Opportunitätsprinzips ein[95]. Gleicher Ansicht waren der Staatsanwalt Koch[96]) und der Justizrat Sydow[97]. Eine Mittelmeinung vertrat

---

91) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 243.
92) Vgl. v. Tippelskirch, Verh.d.2.JT. Bd. II S. 312.
93) Verh.d.2.JT. Bd. I S. 256.
94) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 331.
95) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 312, 321 ff.
96) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 326 ff.
97) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 315/16.

Glaser[98]), der sich gegen eine vollständige Ausschließung des Opportunitätsprinzips, wie es der § 2 beabsichtigte, aussprach. Als heftigster Verteidiger des Legalitätsprinzips zeigte sich v. Schwarze[99]), dem sich der Staatsanwalt Leske[100]) und der Advokat Kühn[101]) anschlossen. Im Plenum des Juristentages wurde nach nochmaliger Klarstellung der Vorzüge des Legalitätsprinzips durch v. Schwarze dieses in der Fassung der §§ 1 und 2 des Deputationsvorschlages angenommen[102]).

Im übrigen sprach sich der zweite Juristentag gegen das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft aus. Bei geringfügigen Delikten sollte die prinzipale Privatklage gelten. In Fällen, in denen der Staatsanwalt die Strafverfolgungsinitiative hatte, sollte dem Verletzten die subsidiäre Privatklage zugestanden werden, wobei allerdings der Begriff des Verletzten insofern sehr weit aufgefaßt werden sollte, als jeder, dessen rechtlich anzuerkennendes Interesse durch die Tat verletzt worden war, zur Erhebung der Klage befugt sein sollte[103]).

Der Streit um die Grundsätze, nach welchen der Staatsanwalt seine Strafverfolgungstätigkeit auszuüben hat, setzte sich auf dem dritten Juristentage (Wien 1862) fort. Um dem Grundsatz der Legalität weitmöglichst zum Siege zu verhelfen, verlangte der Rechtsanwalt Sabarth in einem Antrage die Abschaffung der Staatsanwaltschaft als ständiger Behörde. Die Anklagefunktionen sollten wieder dem Richter übertragen werden[104]). Auf dem vierten Juristentage (Mainz 1863) wurde dieser Antrag der ständigen Deputation übergeben, gleichzeitig aber durch Beschluß des Juristentages zum Ausdruck gebracht, daß man das Institut der Staatsanwaltschaft weiter belassen wolle, eine Reform aber für erforderlich halte[105]).

Im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage, welche Stellung die Staatsanwaltschaft gegenüber der Regierung erhalten müsse, fand das Legalitätsprinzip noch einmal eingehende Behandlung auf dem fünften Juristentage (Braunschweig 1864). In einem Gutachten verlangte der Ministerialrat v. Freydorf[106]) richterliche Unabsetzbarkeit der Staatsanwälte, aber Unterordnung unter die Wei-

---

98) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 329.
99) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 318 ff.
100) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 325.
101) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 314/15.
102) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 669.
103) Verh.d.2.JT. Bd. II S. 669
104) Verh.d.3.JT. Bd. II S. 447.
105) Verh.d.4.JT. Bd. II S. 260.
106) Verh.d.5.JT. Bd. I S. 119 ff.

sungen des Justizministers. Das hätte nach dem oben S. 30 f. Gesagten eine erhebliche Erschütterung des auf dem zweiten Juristentage ausgesprochenen Legalitätsprinzips bedeutet. Der Vorschlag wurde daher vom Juristentag nicht angenommen. Gegen v. Freydorf wandte sich vor allem Planck[107]), der verlangte, daß „jede Willkür, jede Möglichkeit, das Recht aus Zweckmäßigkeitsgründen beiseitezusetzen, mögen sich dieselben immerhin in das Gewand des öffentlichen Interesses kleiden", ausgeschlossen sein müßten. Wenn ein öffentliches Interesse wirklich die Nichtanwendung des Strafgesetzes auf den einzelnen Fall erfordere, so sei dafür dem Souverän das Begnadigungsrecht vorbehalten. Im Sinne des Planckschen Vorschlages entschied der Juristentag dahin, daß die Staatsanwaltschaften die ihnen im Strafverfahren zustehenden Funktionen selbständig auszuüben hätten und ihnen dabei Anweisungen von seiten des Justizministers nicht erteilt werden könnten[108]).

Der Kampf um die Geltung des Legalitäts- und Opportunitätsprinzips ging auch außerhalb des Juristentages weiter. Glaser, der nach seinem vielbeachteten Werk „Das Prinzip der Strafverfolgung" [109]) ein entschiedener Anhänger des Opportunitätsprinzips zu sein schien, warnte ein Jahr später davor, „die Strafrechtspflege im Interesse der Staatsanwaltschaft vom Boden der Legalität auf den der Opportunität zu übertragen" [110]). Als klarer Verfechter des Legalitätsprinzips treten in umfangreichen Schriften v. Holtzendorff[111]), v. Schwarze[112]) und Keller[113]) auf. v. Holtzendorff erkennt zwar an, daß die Anwendung der gesetzlich angedrohten Strafe in einzelnen Fällen einen sittlichen Konflikt oder politische Nachteile zur Folge haben könnten. Diese zu vermeiden sei aber teils Pflicht der Träger des Begnadigungsrechts, teils Sorge der materiellen Gesetzgebung. Unter keinen Umständen dürfe der Staatsanwaltschaft unter dem Titel des öffentlichen Interesses ein negatives, durch Unterlassung der Anklage geübtes Begnadigungsrecht zugestanden werden[114]). v. Schwarze wendet sich noch einmal wie auf dem zweiten Juristentag gegen das Opportunitätsprinzip. Die „Opportunität" würde leicht die Firma werden, unter welcher die Ungleichheit vor den Gesetzen,

---

[107]) Verh.d.5.JT. Bd. II S. 221.

[108]) Verh.d.5.JT. Bd. II S. 225, 231.

[109]) Glaser, Kl.Schr. S. 523 ff. (1860).

[110]) Glaser, Replik wider Freiherrn v. Groß, Kl.Schr. S. 539.

[111]) v. Holtzendorff, Die Reform der Staatsanwaltschaft, Berlin 1864.

[112]) v. Schwarze, Die Reform der Staatsanwaltschaft, GS. 16. Jahrg. (1864) S. 401 ff.

[113]) Keller, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, Wien 1866.

[114]) v. Holtzendorff a. a. O. S. 26.

mit dem Schein der Humanität umgeben, zur Legalität gestempelt werde. Aus dem Gesetz allein solle der Staatsanwalt die Norm seines Handelns holen [115]). Keller weist auf Grund geschichtlicher Studien darauf hin, daß das Opportunitätsprinzip „erst mit dem Einflusse französischer Auffassungen, oder vielmehr napoleonischer Regierungsraffiniertheit in Deutschlang Eingang gefunden" habe [116]). Die Wiedereinführung des Legalitätsprinzips sei eine Notwendigkeit, ein Bedürfnis der Rechtssicherheit, ein Gebot der Gerechtigkeit [117]). Sundelin [118]) erkennt an, daß nicht jede strafbare Handlung auch notwendig bestraft werden müsse, verlangt aber, daß die Fälle, in denen der Staatsanwalt aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Strafverfolgung unterlassen könne, gesetzlich genau festgelegt würden. Er stellt acht Fälle zusammen, in denen dem Staatsanwalt ein amtliches Ermessen bei der Tätigkeit der Strafverfolgung zugebilligt werden müsse. Diese acht Ausnahmen vom Legalitätsprinzip sind aber so weitgehend und decken sich im wesentlichen mit den Fällen, in denen die Anhänger des Opportunitätsprinzips die Nichtverfolgung einer an sich strafbaren Handlung zulassen wollen, daß Sundelin als Vertreter des Opportunitätsprinzips bezeichnet werden muß [119]).

C. Das Legalitätsprinzip und die Reichsstrafprozeßordnung.

I. Die Entstehungsgeschichte des Prinzips in der StPO.

Die Fragen um das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip waren mithin nach allen Richtungen von der Wissenschaft behandelt, als es galt, sich für das eine oder andere Prinzip bei der Schaffung einer Reichsstrafprozeßordnung zu entscheiden. Die Abstimmungen in den Juristentagen waren dabei gewissermaßen schon eine Generalprobe für die im Bundesrat und Reichsrat vorzunehmenden gewesen.

Im Jahre 1868 beschlossen der Reichstag und der Bundestag, den Bundeskanzler zur baldmöglichsten Vorlage von Entwürfen

115) v. Schwarze a. a. O. S. 427. Im gleichen Sinne spricht sich v. Schwarze in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. II S. 589 aus.

116) Keller a. a. O. S. 306.

117) Keller a. a. O. S. 270.

118) Sundelin, Die praktischen Fälle, wo das sonst begründete Einschreiten des Staatsanwalts aus Nützlichkeitsgründen unterbleiben kann. GS. 14. Jahrg. 1862 S. 357 ff.

119) Anderer Meinung Carsten S. 42.

„eines gemeinsamen Strafrechts und eines gemeinsamen Strafprozesses sowie der dadurch bedingten Vorschriften der Gerichtsorganisationen" zu ersuchen. Der erste Entwurf (Entw. I) wurde 1873, begleitet von Motiven, dem Bundesrat vorgelegt. Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip für die Staatsanwaltschaft gelten sollte, enthielt der Entwurf nicht. § 130 lautete nur: „Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen." Eine nähere Auskunft über die entscheidende Frage brachten auch die Motive nicht. Der Entwurf wurde aber allgemein so aufgefaßt, als ob die Geltung des Opportunitätsprinzips gemeint sei. Diese Ansicht vertraten auch die Regierungsvertreter v. Amsberg und Hanauer anläßlich der Beratung des Entw. III in der Justizkommission[1]). Das gleiche Bild zeigt sich im Entw. II[2]).

Die beiden Entwürfe riefen eine scharfe Kritik hervor. Man wandte sich insbesondere gegen das Anklagemonopol des Staatsanwalts, das in den Entwürfen nur in ganz geringem Maße durch die teilweise prinzipale, teilweise subsidiäre Privatklage bei Antragsdelikten durchbrochen war. An dieser Kritik beteiligten sich vor allem Gneist[3]), v. Bar[4]), Wahlberg[5]) und Heinze[6]). Gneist setzte sich für eine als Verwaltungsbehörde organisierte, von den Weisungen des Justiz- und Innenministers abhängige Staatsanwaltschaft ein. Damit aber die Handhabung von Verfassung und Gesetz beim Wechsel der konservativen und liberalen Minister gleich bleibe, forderte er die Zulassung der allgemeinen subsidiären Popularklage[7]).

Durch diese Kritiken angeregt, befaßte sich der Zwölfte Juristentag (Nürnberg 1875) noch einmal mit den Prinzipien der Strafverfolgung. v. Holtzendorff forderte in einem Gutachten neben dem Legalitätsprinzip, das doch mehr eine „doktrinäre, praktisch nicht zu kontrollierende Vorschrift" sei, die subsidiäre Popularklage[8]). Unterstützung in seiner Ansicht fand er in dem Berichterstatter Gneist, der ausführte, daß das Interesse der Gesellschaft an der Bestrafung der Verbrecher nicht, wie man im allgemeinen annehme, am besten durch die Aufnahme des Legalitätsprinzips gewährleistet

[1]) Hahn Bd. I S. 707.
[2]) Vgl. § 133.
[3]) Gneist, Vier Fragen zur deutschen StPO., Berlin 1874.
[4]) v. Bar, Kritik der Prinzipien im Entwurf, Berlin 1873.
[5]) Wahlberg, Kritik des Entwurfs, Wien 1873.
[6]) Heinze, Strafprozessuale Erörterungen, Stuttgart 1875.
[7]) Gneist a. a. O. S. 22 ff., S. 46 ff.
[8]) Verh. d. 12. JT. Bd. I S. 78.

würde, sondern durch die actio popularis [9]). Gneists Antrag: „Die Privatklage ist als allgemeine Ergänzung der Anklage der Staatsanwaltschaft zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts einzuführen" wurde mit großer Mehrheit angenommen [10]).

Der Entw. III der Reichsstrafprozeßordnung nahm deutlich Abstand von diesen neuen Vorschlägen und schloß sich den Ergebnissen des zweiten Juristentages an. Um jeden Zweifel hinsichtlich der Geltung des Legalitätsprinzips zu beseitigen, fügte er im § 134 dem § 130 des Entw. I einen Abs. 2 hinzu, der die eindeutige Festlegung des Legalitätsprinzips in der Fassung des später nach einigen redaktionellen Änderungen zum Gesetz gewordenen § 152 Abs. 2 enthält: „Dieselbe — nämlich die Staatsanwaltschaft — ist, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, wofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen."

In der Reichsjustizkommission, in der der Entwurf zunächst zur Beratung kam, wollte v. Schwarze mit einem Antrage die Geltung des Legalitätsprinzips noch bestimmter ausgedrückt wissen, nahm jedoch seinen Antrag zurück, als die Regierungsvertreter v. Amsberg und Hanauer übereinstimmend erklärten, daß im Entw. III entgegen den bisherigen Entwürfen das Legalitätsprinzip gelten solle [11]). Im Laufe der Verhandlung zeigten sich die Abgeordneten v. Schwarze, Putkamer, Struckmann, Reichensperger und Völk als Anhänger des Legalitätsprinzips, dagegen setzten sich die Abgeordneten Gneist und Marquardsen für die Geltung des Opportunitätsprinzips ein. Wenn man bedenkt, daß auch letztere nicht die vollständige Unterlassung der Strafverfolgung aus Zweckmäßigkeitsgründen wollten, vielmehr durch die Einführung einer allgemeinen subsidiären Popularklage den Zweck einer möglichst unterschieds- und ausnahmslosen Strafverfolgung erzielen wollten, so ergibt sich, daß sich eigentlich keine Stimme in der Reichsjustizkommission erhob, die für das Unterlassen der Strafverfolgung aus Nützlichkeitserwägungen eintrat. § 134 des Entwurfs wurde daher auch von der Mehrheit der Kommission genehmigt [12]). In der weiteren Lesung des Entwurfs in der Kommission und in der zweiten und dritten Beratung im Plenum des Reichstags wurde die fragliche Bestimmung mit sachlich nicht abweichenden Änderungen ebenfalls angenommen [13]).

[9]) Verh. d. 12. JT. Bd. III S. 199 ff.
[10]) Verh. d. 12. JT. Bd. III S. 211.
[11]) Hahn Bd. I S. 707.
[12]) Hahn Bd. I S. 709.
[13]) Hahn Bd. II S. 1304, 1859 u. 2096.

II. Garantien des Prinzips.

Die Durchführung der Pflicht des Staatsanwalts zum Einschreiten nach dem Legalitätsprinzip wird innerhalb und außerhalb der Strafprozeßordnung durch verschiedene Bestimmungen gesichert. Während der ebenfalls dem Grundsatz der Legalität unterstellte Inquisitionsrichter bei der Ausübung seiner Strafverfolgungstätigkeit keiner anderen Kontrolle als der seines Gewissens unterworfen war[14]), forderte man bei der Wiedereinführung des Legalitätsprinzips in ganz Deutschland durch die Reichsstrafprozeßordnung „Garantien" für die gewissenhafte Durchführung des Prinzips. Auf zwei verschiedenen Wegen wollte man das Ziel erreichen. Einige forderten als sicherste Kontrolle die subsidiäre Popularklage. Der andere Vorschlag ging dahin, dem Verletzten oder auch jedem, der bei der Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Strafverfolgung stellte, das Recht zu geben, im Falle der Ablehnung der Verfolgung durch den Staatsanwalt eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Den letzteren Standpunkt mit der Beschränkung auf den Verletzten nahm ein Gesetzentwurf ein, welcher 1862 dem preußischen Abgeordnetenhause vorgelegt wurde[15]). In den Entwürfen zur Strafprozeßordnung hatte man sich dem ersten Weg angeschlossen. In den Fällen der Antragsvergehen sollte die zur Stellung des Strafantrags berechtigte Person das Recht der subsidiären Privatklage erhalten[16]). In den Sitzungen der Justizkommission standen sich über diese Frage der zweckmäßigsten Kontrolle des Legalitätsprinzips zwei Parteien gegenüber. Gneist[17]) und Anhänger forderten die allgemeine subsidiäre Popularklage, während Wolffson[18]) und Anhänger dem System des preußischen Entwurfs von 1862 folgten und jedem Antragsteller gegen den Bescheid, in dem die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage ablehnte, ein Beschwerderecht an den vorgesetzten Beamten des Staatsanwalts und gegen dessen ablehnenden Bescheid das Recht des Antrags auf gerichtliche Entscheidung geben wollten, worauf bei einer dem Antrage entsprechenden Entscheidung des Gerichts der Staatsanwaltschaft die

---

[14]) Als Kontrolle kann man allenfalls die Bestimmung des Teil II Tit. 20 §§ 381 ff., 395 ALR. ansehen, die schwere Strafandrohung gegen einen Richter enthielt, der bei Einleitung von Untersuchungen „nicht ohne Ansehen der Person" verfährt.

[15]) Abgedr. nebst Motiven in GoltdArch. X (1862) S. 148 ff.

[16]) Vgl. §§ 335 ff. des Entw. III.

[17]) Hahn Bd. I S. 1059—1062.

[18]) Hahn Bd. I S. 1062.

Durchführung der Klage obliegen sollte. Die Justizkommission beschloß, von dem Institut der subsidiären Privatklage auch in dem von den Entwürfen vorgesehenen Umfange abzusehen und sich dem preußischen System der gerichtlichen Nachprüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft in dem Wolffsonschen Umfange anzuschließen[19]). Die zweite Lesung der Kommission hatte das gleiche Ergebnis[20]). Der Beschluß des Reichstags in der zweiten Lesung folgte der Justizkommission, obwohl sich der Regierungsvertreter wie in den Beratungen in der Kommission in der ersten und zweiten Lesung noch einmal auf den Standpunkt stellte, daß allenfalls dem Verletzten, niemals aber jedem Antragsteller das Recht, eine gerichtliche Entscheidung zu beantragen, gegeben werden dürfe[21]). Dieser Beschluß wurde von den verbündeten Regierungen als unannehmbar erklärt, worauf auf Vorschlag des Abgeordneten Miquél der nunmehrige § 170[22]) in dritter Lesung die Fassung erhielt: „Ist der Antragsteller zugleich der Verletzte ...". Es kam jedoch dabei zum Ausdruck, daß der Begriff des Verletzten im weitesten Sinne zu verstehen sei[23]).

Eine Kontrolle des Legalitätsprinzips durch das sogenannte „Klageerzwingungsverfahren" besteht somit nur in den Fällen, in denen es einen Verletzten gibt und sich der Verletzte zur Herbeiführung der gerichtlichen Entscheidung bereitfindet. Da der Verletzte beim Unterliegen im Klageerzwingungsverfahren die nicht unerheblichen Kosten zu zahlen hat, wird er sich in der Regel mit dem abweisenden Bescheid des Staatsanwalts zufrieden geben. Es bestehen darum noch eine ganze Anzahl weiterer Garantien des Legalitätsprinzips, die von der Person des Verletzten unabhängig sind:

1. Jeder Staatsanwalt würde sich einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig und daher disziplinarisch verantwortlich machen, wenn er sich bei der Ausübung seiner Strafverfolgungstätigkeit einer Verletzung des Legalitätsprinzips schuldig machen würde.

2. Eine vorsätzliche Außerachtlassung der Verfolgungspflicht in der Absicht, jemanden der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, würde eine kriminelle Bestrafung — Zuchthaus bis zu 5 Jahren — zur Folge (§ 346 StGB.) haben.

3. Jeder, der bei der Staatsanwaltschaft Anzeige erstattet hat, hat das Recht der fristlosen Beschwerde an die vorgesetzte

---

[19]) Hahn Bd. I S. 1058—1071.

[20]) Hahn Bd. II S. 1307—1311.

[21]) Hahn Bd. II S. 1859—1881.

[22]) Durch die Bekanntmachung des neuen Textes der StPO. vom 22. 3. 1924 wurde § 170 inhaltlich unverändert zum § 172.

[23]) Hahn Bd. II S. 2096—2104.

Behörde der bescheidenden Staatsanwaltschaft, und zwar herauf bis zum Justizminister.

4. Aus der streng hierarchischen Verfassung der Staatsanwaltschaft ergibt sich die Pflicht für die verschiedenen Dienstvorgesetzten eines jeden staatsanwaltschaftlichen Beamten, die Beachtung des Legalitätsprinzips zu beaufsichtigen.

5. Gemäß Art. 4 der Reichsverfassung von 1871 steht dem Reich ein Beaufsichtigungsrecht darüber zu, daß die einzelstaatlichen Behörden die ihnen reichsgesetzlich nach § 152 Abs. 2 StPO. obliegenden Pflichten gewissenhaft erfüllen[24]).

6. Endlich kann in der Bestimmung des § 206 StPO.[25]) ein Schutz gegen unberechtigte Nichtverfolgungen von strafbaren Handlungen durch die Staatsanwälte gesehen werden. Nach stattgefundener Voruntersuchung kann von dem Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen werden, wenn von der Staatsanwaltschaft beantragt ist, den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen, worauf die Staatsanwaltschaft eine dem Beschluß entsprechende Anklageschrift einzureichen hat.

III. Ausnahmen des Legalitätsprinzips.

Das Legalitätsprinzip ist im § 152 Abs. 2 zum Grundsatz erhoben. Durch die Worte: „Soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist", wird aber darauf hingewiesen, daß das Prinzip nicht ausnahmslos gelten, sondern Ausnahmen unterliegen sollte. In diesen Ausnahmefällen hat die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob das öffentliche Interesse eine Strafverfolgung zweckmäßig erscheinen läßt, und sie darf, wenn dies zu verneinen ist, diese unterlassen. Zur Zeit des Inkrafttretens der Strafprozeßordnung am 1. Oktober 1879 bestanden folgende Ausnahmen des Legalitätsprinzips, die teilweise strafprozessualer, teilweise materiellrechtlicher, teilweise gesetzlich nicht festgelegter Natur sind:

I. 1. Eine Ausnahme strafprozessualer Natur enthält die Bestimmung des § 416 StPO.[26]), nach der wegen der im § 414 StPO.[27]) bezeichneten, im Privatklageverfahren verfolgbaren straf-

[24]) Ein praktisch gewordener Fall, in dem der Bundesrat den Hamburger Senat zur Erhebung einer bestimmten Anklage aufforderte, bei v. Kries S. 102.

[25]) § 206 StPO. a. F. = § 208 StPO. n. F.

[26]) Die entsprechenden Bestimmungen mit den später vorgenommenen Erweiterungen befinden sich heute in den §§ 374 und 376 StPO.

[27]) Beleidigungen und Körperverletzungen, soweit eine Verfolgung nur auf Antrag eintritt.

baren Handlungen von der Staatsanwaltschaft die Anklage nur dann erhoben wird, wenn dies „im öffentlichen Interesse“ liegt. Die Prüfung der Frage, ob ein öffentliches Interesse vorliegt, ist eine Ermessensfrage nach der Zweckmäßigkeit der Strafverfolgung. Es gilt mithin das Opportunitätsprinzip [28]). Die Privatklage erhielt damit nur eine sehr geringe Ausdehnung in der Strafprozeßordnung. Nachdem der Plan, die subsidiäre Privatklage einzuführen, von der Justizkommission aufgegeben war, wurde die Privatklage nur als prinzipale bei Beleidigungen und Körperverletzungen, soweit die Verfolgung nur auf Antrag eintritt, zugelassen. In den Motiven wurde zum Ausdruck gebracht, daß die besondere Behandlung der strafrechtlichen Verfolgung von Beleidigungen und Körperverletzungen seinen Grund in der besonderen Natur dieser Delikte habe. Für sie dürfe das Legalitätsprinzip nicht gelten. Beleidigungen und leichte Mißhandlungen seien alltägliche Vorkommnisse; sie berührten das allgemeine Wohl der Gesellschaft meistens wenig und hätten selbst für die Beteiligten in der Regel eine viel zu geringe Bedeutung, als daß ein rechtliches oder sittliches Bedürfnis vorläge, stets eine Bestrafung herbeizuführen [29]). Zur Wahrung der Interessen der Beteiligten wurde als Ausgleich für das für diese Delikte geltende Opportunitätsprinzip die prinzipale Privatklage eingeführt. Ein Antrag Schwarze-Struckmanns, außer für die Beleidigungen und Körperverletzungen auch noch für die Verletzung eines fremden Pfandrechts, für die Jagdvergehen, für die Offenbarung eines Privatgeheimnisses, für die einfache Sachbeschädigung und für die Fisch-, Mund- und Futterentwendung die prinzipale Privatklage einzuführen, wurde von der Justizkommission abgelehnt [30]).

2. Eine weitere Ausnahme des Legalitätsprinzips liegt in der Bestimmung des § 3 Abs. 2 EGStPO., nach der die Landesgesetzgebung befugt ist, für die ihr vorbehaltenen Sachen ein abweichendes Verfahren, insbesondere auch ein das Legalitätsprinzip durchbrechendes Verfahren zu bestimmen.

3. Eine eigentümliche Durchbrechung des Legalitätsprinzips in der Strafprozeßordnung enthält § 208 StPO. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft kann das Gericht, wenn das Vorverfahren mehrere strafbaren Handlungen derselben Person betrifft und die Feststellung des einen oder des anderen Straffalles für die Strafzumessung unwesentlich erscheint, beschließen, daß in Ansehung eines solchen das

---

[28]) A.M.: Kersebaum S. 50; vgl. auch Lobe, Zur Reform des Strafprozesses, GS. 96 S. 42.

[29]) Hahn Bd. I S. 276.

[30]) Hahn Bd. I S. 1095—1098.

Verfahren vorläufig einzustellen ist. Eine formelle Ausnahme des Legalitätsprinzips liegt deshalb nicht vor, weil nicht das Ermessen der Staatsanwaltschaft allein, sondern das des Gerichts und der Staatsanwaltschaft zusammen maßgebend ist. Es ist aber eine Durchbrechung des die Strafverfolgung beherrschenden Grundsatzes der Legalität, indem bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zum Unterlassen einer Strafverfolgung führen[31]).

4. v. Holtzendorff[32]) und Rosenfeld[33]) sehen eine weitere prozeßrechtliche Durchbrechung des Legalitätsprinzips in der Bestimmung des § 464 StPO.[34]), nach der die Verwaltungsbehörden in Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle selbst befugt sind, die Anklage zu erheben, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung abgelehnt hat. Die Worte: „Lehnt die Staatsanwaltschaft — ab" haben aber nicht die Bedeutung, daß die Staatsanwaltschaft mit Rücksicht auf die Anklagebefugnis der Verwaltungsbehörden von einer Anklage absehen kann, wenn sie es für zweckmäßig hält, vielmehr gilt die Anklagepflicht nach § 152 Abs. 2 in vollem Umfange[35]). Mit § 464 StPO. ist nur das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft im Verwaltungsinteresse durchbrochen worden[36]).

5. Keine Durchbrechung des Legalitätsprinzips ist endlich die Bestimmung des § 147 GVG.[37]), wonach die Beamten der Staatsanwaltschaft den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen haben. Da die oberste Spitze der Staatsanwaltschaft immer ein Minister ist, könnte die Ansicht entstehen und wird auch verschiedentlich vertreten, daß der Minister durch Anweisungen auch im einzelnen Straffall die Strafverfolgung strafbarer Handlungen dem Staatsanwalt verbieten könne, obwohl ein Einschreiten gemäß § 152 Abs. 2 StPO. erforderlich wäre. Hierin könnte dann allerdings eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips gesehen werden. Die Frage, ob das in § 147 GVG. der Justizverwaltung gegebene Recht, ihren Untergebenen dienstliche Anweisungen zu erteilen, sich auch auf solche An-

---

[31]) Vgl. v. Kries S. 268. A.M.: Preiser S. 81/82.

[32]) v. Holtzendorff, Rechtslexikon Bd. II S. 953.

[33]) Rosenfeld S. 46.

[34]) § 464 StPO. a.F. = § 424 StPO. n.F.

[35]) Benn.-Beling S. 672; Glaser Bd. I S. 223; v. Kries S. 753; Löwe-Rosenberg § 424 Note 2a; Stenglein § 464 Note 2. A.M.: v. Holtzendorff, Rechtslexikon Bd. II S. 953; Rosenfeld S. 46.

[36]) Rosenfeld (S. 46) sieht weiter in den §§ 454 Abs. 2, 460 StPO. (a. F. = 414 Abs. 2, 420 n. F.) Durchbrechungen des Legalitätsprinzips. Dagegen mit Recht Richter (S. 41).

[37]) § 147 GVG. a. F. = § 146 GVG. n. F.

weisungen bezieht, die eine gegen das Legalitätsprinzip verstoßende Unterlassung der Strafverfolgung zum Inhalte haben, oder ob die Justizverwaltung Anweisungen nicht erteilen darf, die gegen die Bestimmung des § 152 Abs. 2 StPO. verstoßen, kann aus den Gesetzesmaterialien der §§ 147 GVG. und 152 Abs. 2 StPO. entschieden werden. Die starke Betonung, daß das Legalitätsprinzip der Strafprozeßordnung zugrunde gelegt werden solle, die immer wieder aus den Verhandlungen bei der Schaffung der Strafprozeßordnung hervortritt, wie oben des näheren ausgeführt wurde, muß zwingend zu dem Schluß führen, daß nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen Ausnahmen zugelassen werden sollten. Eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Justizverwaltung ermächtigt, Anweisungen auch entgegen dem Legalitätsprinzip zu erlassen, findet sich aber weder im Gerichtsverfassungsgesetz noch in der Strafprozeßordnung. Es muß daher auch für die Justizverwaltung die Bindung an den § 152 Abs. 2 StPO. angenommen werden. Mit Recht wird von Ortloff[38]) und Bennecke-Beling[39]) darauf hingewiesen, daß das Anweisungsrecht der Justizverwaltung nach § 147 GVG. in Verbindung mit dem Recht der Außerachtlassung des Legalitätsprinzips das mit der einen Hand durch die Anerkennung des Legalitätsprinzips gegebene mit der anderen Hand wieder fortnehmen würde, daß es die Einführung und gleichzeitige Außerkraftsetzung des Legalitätsprinzips in einem Zuge sei — ein Rechtszustand, wie er von dem an der Gesetzgebung mitwirken-Personen niemals gewollt sei. Die herrschende Ansicht vertritt daher auch die Meinung, daß das Anweisungsrecht des § 147 GVG. nur im Rahmen des § 152 Abs. 2 StPO. ausgeübt werden könne[40]). Die Praxis der Justizverwaltungen ist allerdings nicht immer dieser Ansicht gefolgt. So rügt Ortloff[41]) die Weisung des preußischen Justizministers im März 1892, die dahin ging, daß vor Einleitung von Klagen wegen Majestätsbeleidigungen gegen Preßorgane an ihn berichtet, bzw. die Genehmigung des Justizministers zur Erhebung einer Anklage eingeholt werden mußte.

---

[38]) Ortloff, Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. Bd. 49 (1894) S. 286.

[39]) Benn.-Beling S. 275.

[40]) Beling S. 79; Benn.-Beling S. 275; Dietz, Die Anklageerzwingung, 1933, S. 17; Graf zu Dohna S. 59; Frey S. 59 ff.; Lobe, GS. 96 S. 37; Glaser Bd. I S. 222; Gerland S. 160; Kitzinger, GoltdArch. 72 S. 284 ff.; v. Ullmann, Verh.d.19.JT. (1908) Bd. I S. 72/73; Kohlrausch § 152 Note 2; Preiser, Das Legalitätsprinzip S. 82. A.M.: Kohler, GoltdArch. 54 S. 19; Löwe-Rosenberg § 152 Note 8; Mittermaier bei Aschrott S. 154, 159; Puchelt § 152 Note 4.

[41]) Ortloff, Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. Bd. 49 (1894) S. 284/85.

II. Auch das materielle Recht kennt zur Zeit des Inkrafttretens der Strafprozeßordnung einige Ausnahmen des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips. Das Strafgesetzbuch hat bei einigen Delikten dem Ermessen der Staatsanwaltschaft dadurch Raum gegeben, daß es nicht sagt: „Es wird bestraft" oder „Es ist zu bestrafen", sondern indem es davon spricht, daß eine Bestrafung eintreten „könne", oder sie „zulässig" sei. Für diese Fälle muß die Geltung des Opportunitätsprinzips angenommen werden; denn wenn eine Bestrafung nur zulässig ist, so ist dem zur Strafverfolgung bestimmten Organe — der Staatsanwaltschaft — die Befugnis eingeräumt, ihre Entscheidung, ob sie den Antrag auf Strafe stellen will oder nicht, von Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig zu machen[42]. Materiellrechtliche Ausnahmen des Legalitätsprinzips zur Zeit des Inkrafttretens der Strafprozeßordnung finden sich in folgenden Bestimmungen:

1. Nach § 4 Abs. 2 StGB. „kann" wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen im Inlande beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Strafverfolgung eintreten. Diese Ausnahme des Legalitätsprinzips erleidet ihrerseits wiederum Ausnahmen in Bestimmungen des Strafgesetzbuchs selbst und Bestimmungen von Spezialgesetzen[43].

2. Nach § 37 StGB. ist ein inländisches Strafverfahren für „zulässig" und nicht für ausnahmslos erforderlich erklärt, um einem im Auslande verurteilten Deutschen in einem Nachverfahren die bürgerlichen Ehrenrechte aberkennen zu lassen.

---

[42]) John Bd. II S. 227; Löwe-Rosenberg § 152 Note 5b; Geyer S. 406; v. Kries S. 268; Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts (1893) S. 214; v. Schwarze, GS. Bd. 31 S. 288; RGSt. 44 S. 119. A.M.: Stenglein § 152 Note 5 und 6, der als einzige Ausnahme des Legalitätsprinzips die des § 416 anerkennen will; v. Birkmeyer, DJZ. 1909 Sp. 1051/52.

[43]) §§ 102, 298, 104 Ziff. 1 StGB.; § 19 Abs. 2 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes vom 7. 4. 1900 in Verbindung mit § 3 des Schutzgebietsgesetzes vom 10. 9. 1900; § 155 in Verbindung mit §§ 7, 160, 161 des Militärstrafgesetzbuches; §§ 22, 25 des Reichsgesetzes vom 11. 6. 1870 über das Urheberrecht an Schriftwerken ..., die für die Urhebergesetze vom 9., 10. u. 11. 1. 1876 noch in Geltung sind; § 121 der Seemannsordnung vom 2. 6. 1902; §§ 18, 19, 21 und 27 des Reichsgesetzes vom 22. 6. 1899 über das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe. Das gleiche gilt bei den in § 6 StGB. für strafbar erklärten Übertretungen, die im Auslande begangen sind: §§ 1, 8 des Reichsgesetzes vom 2. 6. 1902 betr. die Verpflichtung der Kauffahrteischiffe zur Mitnahme heimzuschaffender Seeleute; § 9 des Reichsgesetzes vom gleichen Tage betr. die Stellenvermittlung für Schiffsleute.

3. Das Opportunitätsprinzip gilt weiter für die Fälle des sog. objektiven Strafverfahrens gemäß §§ 477 ff. StPO.[44]) in Verbindung mit §§ 40 ff. StGB. und anderen in Spezialgesetzen[45]) enthaltenen Fällen der Einziehung. Auch hier ist die Stellung des Antrags auf Einziehung in das pflichtmäßige Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt, der Anklagezwang des § 152 Abs. 2 StPO. greift nicht Platz[46]). Dem Legalitätsprinzip unterstellt ist aber die Staatsanwaltschaft in den Fällen, in denen das Gesetz wie z. B. in §§ 41, 152 StGB. die Einziehung zwingend vorschreibt[47]).

5. Endlich können nach §§ 2 ff. EGStGB. für Gebiete, die dem Landesrecht vorbehalten sind, weitere Ausnahmen des Legalitätsprinzips materiellrechtlicher Natur geschaffen werden.

III. Neben diesen gesetzlich statuierten Fällen der Ausnahmen des Legalitätsprinzips gibt es außerdem noch eine ganze Anzahl Ausnahmen, die nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt sind. In Fällen, in denen der Täter ins Ausland geflüchtet ist, wird der Staatsanwalt in der Regel vor Stellung des Auslieferungsgesuches erwägen, ob im Hinblick auf das Mißverhältnis zwischen den zu erwartenden Kosten und dem voraussichtlichen Erfolge bei weniger erheblichen Straffällen ein Unterlassen der Strafverfolgung nicht zweckmäßig erscheint. Eine gesetzliche Anerkennung dieses Verfahrens ist im § 318 StPO. enthalten; denn es wird hier mit dem Fall gerechnet, daß die Gestellung des im Auslande befindlichen Beschuldigten nicht „angemessen" erscheint[48]). Weiter sind hierher die Fälle zu rechnen, in denen geringfügige Straftaten zwar nachgewiesen werden können, umfangreiche und kostspielige Beweiserhebungen aber Voraussetzung zur Führung des Nachweises sein würden[49]). Auch in diesen Fällen wird der Staatsanwalt die Strafverfolgung nicht aufnehmen, sondern „mangelnden Beweises" das Verfahren einstellen. Ein derartiges Vorgehen ist mit dem Legalitätsprinzip unvereinbar, doch von der Praxis allgemein geübt. Ebenso gehören

---

[44]) §§ 477 ff. StPO. a. F. = §§ 430 ff. n. F.

[45]) Z. B. § 15 Abs. 2 des Gesetzes betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 14. 5. 1879.

[46]) Benn.-Beling S. 683 Note 19; Gerland S. 161, 479; Birkmeyer, Lehrbuch S. 803; Olshausen, Kommentar zu StGB. § 42 Note 9 Abs. 1; Löwe-Rosenberg § 430 Note 4a.

[47]) RG. 28 S. 123; Benn.-Beling S. 683 Note 19; Frank § 152 Note I: Olshausen § 42 Note 9 Abs. 1; Rosenfeld S. 46. A.M.: Löwe-Rosenberg § 430 Note 4a.

[48]) Vgl. v. Kries S. 269.

[49]) Beispielsweise schwierige chemische oder technische Begutachtungen bei Übertretungen des § 267 Ziff. 7 StGB.

hierher die Fälle, wo strafbare Handlungen bestimmter Art fortdauernd und unter Kenntnis und Duldung der Polizei und der Staatsanwaltschaft begangen werden[50]), ohne daß eingeschritten wird. Coenders[51]) weist ferner mit Recht darauf hin, daß ein Staatsanwalt nicht dazu verpflichtet sei, gegen sich selbst oder einen nahen Verwandten einzuschreiten. Eine wichtige Ausnahme des Legalitätsprinzips besteht m. E. schließlich darin, daß der Staatsanwalt nicht verpflichtet ist, außeramtlich oder sogar vertraulich ihm zur Kenntnis gekommene Verbrechen zu verfolgen. Die Ansicht, daß in einem solchen Fall die Staatsanwaltschaft nicht Kenntnis von dem Verbrechen im Sinne des § 158[52]) StPO. bekommen habe und aus diesem Grunde ein Einschreiten nicht erforderlich sei, ist unhaltbar: die Nichtkenntnis eines Verbrechens kann nicht dadurch vorgetäuscht werden, daß man zur Kenntnis nur außeramtlich gekommen sei. Richtig ist es vielmehr, das Recht der Staatsanwaltschaft, eine derartige Straftat unverfolgt zu lassen — bei schweren Straftaten muß im Hinblick auf § 139 StGB. eine Ausnahme gemacht werden —, als gesetzlich nicht statuierte Ausnahme des Legalitätsprinzips anzusehen, die ihren Grund darin hat, daß der Staat weder verlangen kann noch verlangt, daß seine Staatsanwälte sich bei ihrer Tätigkeit mit den Begriffen von Ehre und Sitte in Widerspruch setzen[53]).

Keine Ausnahme des Legalitätsprinzips besteht dagegen darin, daß die Staatsanwaltschaft ein weitgehendes Ermessen bei der Beantwortung der Frage hat, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer strafbaren Handlung vorliegen. Es kann im einzelnen Fall sehr zweifelhaft sein, ob eine Klage begründet ist, ob bei der Schwäche der vorhandenen Beweise die Klage voraussichtlich Erfolg haben wird. Auch hier entscheiden vom Staatsanwalt angestellte Zweckmäßigkeitserwägungen darüber, ob die Klage zu erheben ist oder nicht. Es handelt sich aber um Zweckmäßigkeitserwägungen aus prozessualen Rücksichten. Das Ermessen der Staatsanwaltschaft aus prozeßtaktischen Gründen heraus hat aber mit dem Verbot der Anstellung von Zweckmäßigkeitserwägungen nach dem Legalitätsprinzip grundsätzlich nichts zu tun[54]).

---

[50]) Z. B. Zweikämpfe vor 1933, Glücksspiele, Übertretung der Polizeistunde und Kuppelei (Duldung der Bordelle vor 1927) u. a. m.

[51]) Coenders, Zur Auslegung des § 346 StGB., ZStrW. S. 874 ff.; hier S. 882/83.

[52]) § 158 StPO. a. F. = § 160 StPO. n. F.

[53]) Vgl. Coenders a. a. O. S. 880/81.

[54]) Löwe-Rosenberg § 152 Note 7; vgl. auch Glaser Bd. I S. 224; Rosenfeld S. 45.

D. Reformbestrebungen zur Einschränkung und Milderung des in der StPO. festgelegten Legalitätsprinzips.

I. Einführung.

Mit dem Inkrafttreten der StPO. im Jahre 1879 ist das Legalitätsprinzip zu seiner strengsten Durchführung gelangt, die es je in einem deutschen Gesetzgebungswerk nach Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland erhalten hat. Die Zeit von 1879 bis auf den heutigen Tag steht unter dem Zeichen, die Mißstände, die sich durch eine derart konsequente Festlegung des Legalitätsprinzips zeigten, durch Aufnahme weiterer Ausnahmen zu mildern. Von Jahr zu Jahr traten neue Ausnahmen hinzu, die das Legalitätsprinzip zugunsten des Opportunitätsprinzips oder anderer Prinzipien durchlöcherten. Die Entwicklung ging nicht sprunghaft, sondern führte in stetem Ansteigen zu dem heutigen, das Legalitätsprinzip weitgehend einschränkenden Rechtszustande. Die über fünfzigjährige Entwicklungszeit erhält ihre natürliche Einteilung durch drei Ereignisse: 1. Durch das weitgehende Sicheinschalten der Gesetzgebung zur Abstellung der Mißstände durch Einsetzung einer Sachverständigenkommission im Jahre 1903; 2. durch den Weltkrieg; 3. durch die Emmingersche Justizreform vom Jahre 1924. Es ist aber zu beachten, daß diese Ereignisse weder Höhepunkte noch Tiefpunkte auf der Entwicklungskurve sind, sondern allein markante Punkte auf einer geraden Linie.

Vor allen war es in dieser Zeit die Gesetzgebung, die in Form von Strafprozeßentwürfen und Novellen zur Strafprozeßordnung zum Legalitätsprinzip Stellung nahm. Sie ist in der Regel der Gradmesser für das Fortschreiten der Ansichten der öffentlichen Meinung und der Wissenschaft über den Umfang, in dem das Legalitätsprinzip zu beschränken sei. Sie ist weiter der Ausgangspunkt der um das Legalitätsprinzip entstehenden Diskussionen insofern, als mit dem jeweiligen Erscheinen eines Entwurfes oder einer Novelle die Kritik und die Abänderungsvorschläge zu den geplanten oder vorgenommenen Reformen einsetzte. Die Besprechungen der Entwürfe und Novellen sind der wesentliche, meistens sogar ausschließliche Beitrag zu der Literatur des Legalitätsprinzips.

Bemerkenswert für die Behandlung der um das Legalitätsprinzip auftauchenden Fragen ist ferner noch zweierlei:

1. Auffallend ist zunächst, daß gegenüber den mehr oder weniger durch politische Anschauungen beeinflußten Auseinandersetzungen,

insbesondere eines Gneist und v. Holtzendorff, jetzt mehr sachliche Erwägungen bei der Stellungnahme zum Legalitätsprinzip überwiegen. Das Mißtrauen gegen das Institut der Staatsanwaltschaft in den Reformgesetzen des Jahres 1848 beherrschte die Erörterungen vor 1879, insbesondere die in den gesetzgebenden Körperschaften. Die fast ausnahmslose Anerkennung des Grundsatzes der Legalität in der Strafrechtspflege durch die Schaffung des § 152 Abs. 2 StGB., verbunden mit der wenn auch nicht ausdrücklichen, so doch stillschweigenden Anerkennung des Grundsatzes, daß auch der Justizminister an das Legalitätsprinzip gebunden und somit auch auf dem Umweg über die Justizverwaltung eine willkürliche Strafrechtspflege unterbunden war, hatte den politischen Erörterungen den Wind aus den Segeln genommen.

2. Bemerkenswert ist ferner, daß die Erörterungen in der Regel jetzt weniger theoretisch sind, daß es nicht mehr um die Geltung des einen oder anderen Prinzips an sich geht, sondern der Tatsache entsprechend, daß die in der Praxis sich zeigenden Mängel des strengen Legalitätsprinzips zu beseitigen waren, versucht wird, die Auswirkungen des Legalitätsprinzips im einzelnen zu untersuchen und zu prüfen, inwieweit dem Legalitätsprinzip seine Schärfe genommen werden kann, ohne das an sich gute Prinzip allzusehr einzuschränken. Praktische Erwägungen spielen mithin die Hauptrolle.

II. Die Zeit von 1879 bis zur Einsetzung einer Sachverständigenkommission zur Reform des Strafprozesses im Jahre 1903.

Die Zeit von 1879 bis 1903 bringt für die das Legalitätsprinzip betreffenden Fragen nichts grundsätzlich Neues. Es galt in dieser Zeit das gesetzlich festgelegte Prinzip als gesetzgeberische Notwendigkeit zu begründen, seine Vorzüge und Nachteile aufzuzeigen und für eine eventuell kommende Reform geeignete Vorschläge zu machen.

Mit der Anerkennung des Legalitätsprinzips in der Reichsstrafprozeßordnung war zunächst ein Stillstand der Erörterungen über die Strafverfolgungsprinzipien verbunden, der aber nicht sehr lange Zeit anhielt und nach Fertigstellung des BGB., als das Interesse, welches sich inzwischen fast ausschließlich dem zivilen Recht zugewandt hatte, wieder andere Rechtsgebiete ergriff, einem neuen Höhepunkt in den Jahren 1903—1909 — vergleichbar mit den auf das Jahr 1860 folgenden Jahren — Platz machte.

Eine Ausnahme machen naturgemäß die Lehrbücher und Kommentare zur neuentstandenen StPO. In ihnen und in der seit etwa

1895 zunehmenden Spezialliteratur finden die das Legalitätsprinzip betreffenden Fragen im wesentlichen Berücksichtigung unter den gleichen Gesichtspunkten wie vor 1879. Einige neue Gedanken verdienen jedoch hervorgehoben zu werden.

a) Es überwiegen die Verteidiger des Legalitätsprinzips.

I. Von einer Gruppe von ihnen wird das Legalitätsprinzip mit der sogenannten Bindingschen Lehre von der Strafpflicht des Staates in Verbindung gebracht. Man fragte sich, ob das Legalitätsprinzip eine selbstverständliche Folge des Rechts des Staates auf Bestrafung des Verbrechers sei, ob also dem ausschließlichen Strafverfolgungsrecht des Staates auf der anderen Seite die Pflicht des Staates entgegenstehen müsse, für die Bestrafung eines jeden Gesetzesbrechers zu sorgen. Schon 1876 hatte Heinze[1]) darauf hingewiesen, daß die Bestrafung des Täters nicht allein Recht, sondern Pflicht des Staates sei. Diese Pflicht sei aber keine ausnahmslose; auch in der Rechtspflege verfolge der Staat nicht idealistische, sondern praktische Zwecke. Er dürfe sich von der Übung seines „Strafamtes" entbunden sehen, wenn der zu erreichende Erfolg ganz außer Verhältnis zu den aufzuwendenden Mitteln stehe[2]). Binding[3]) führt aus, daß Recht und Pflicht korrelate Begriffe seien: jeder Berechtigung stehe eine Verpflichtung gegenüber. Bierling[4]) kommt zu dem gleichen Ergebnis, wenn er dem Staatsgenossen einen aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem Staat als Verpflichtetem und dem Staatsgenossen als Berechtigtem entspringenden Anspruch darauf zugestehen will, daß der Staat für „satzungsgemäße Strafe Sorge trage". Ähnlich sprechen sich v. Kries, Ullmann, Birkmeyer und v. Bomhard aus. Nach v. Kries[5]) ist „das Legalitätsprinzip durch die kategorische Anordnung des materiellen Strafgesetzes geboten"; nach Ullmann hat „das Moment der Pflicht den Staat bei der Verfolgung seines Strafanspruchs zu leiten"[6]). Nach Birkmeyer muß der Strafanspruch des Staates, „weil er um des öffentlichen Interesses willen statuiert ist, auch unbedingt betätigt werden", weshalb der Staatsanwaltschaft ein Ermessen bei Ausübung ihrer Strafverfol-

[1]) Heinze, Dispositionsprinzip und Offizialprinzip, Verhandlungsform und Untersuchungsform, GoltdArch. 24 (1876) S. 256 ff.

[2]) Heinze a. a. O. S. 293; vgl. auch S. 295.

[3]) Bindung, Handbuch des Strafrechts Bd. 1, 1885, S. 182, insbes. Anm. 6.

[4]) Bierling, Strafrechtsverhältnis und Strafprozeßrechtsverhältnis, ZStrW. X (1890) S. 251 ff., besonders S. 281.

[5]) v. Kries, Lehrbuch S. 267.

[6]) Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1893, S. 24.

gungstätigkeit nicht zugebilligt werden dürfe[7]). v. Bomhard[8]) endlich folgert die staatliche Strafverfolgungspflicht nicht als Korrelat des Strafrechts des Staats, sondern als Korrelat des Satzes: nulla poena sine lege; es müsse daneben gleichgültig sein, ob es ein leichter oder schwerer Fall sei, da durch die Aufstellung der materiellen Strafnormen unterstellt werden müsse, daß der Gesetzgeber die Straftat auch in dieser leichten Gestalt bestraft wissen wolle. Diese weitverbreitete Lehre von der Strafpflicht des Staates brachten in späteren Jahren immer wieder die Anhänger eines möglichst streng durchgeführten Legalitätsprinzips in erster Linie zur Unterstützung ihrer Ansicht vor. Gegen diese Bindingsche Lehre von der Strafpflicht wendet sich vor allem Bennecke-Beling[9]). Das Strafklagerecht sei Recht, nicht Pflicht. Der Pflicht würde das berechtigte Subjekt fehlen. Folgerichtig tritt Bennecke-Beling auch für eine weitgehende Einschränkung des Legalitätsprinzips ein.

II. Im Zusammenhang mit der Frage der Strafpflicht des Staates wurde von einigen festgestellt, daß die Frage, bei welchen Verbrechen der Staat durch sein amtliches Anklageorgan sein Recht auf Strafe geltend machen solle, materiellrechtlicher Natur sei, eine Einführung des Opportunitätsprinzips mithin eine unzulässige Änderung des materiellen Strafrechts sei[10]).

III. Eine Gruppe von Anhängern eines möglichst streng und ausnahmslos durchgeführten Legalitätsprinzips forderte, um jeden Zweifel zu beseitigen, daß auch die Justizverwaltung an das Legalitätsprinzip gebunden sei, eine Änderung der Gesetzgebung in der Richtung, daß ein ministerielles Anweisungsrecht überhaupt beseitigt und die Staatsanwaltschaft zu einem unabhängigen Justizorgan ausgebildet werde[11]). Bornhak ging so weit[12]), daß er zur vollkom-

---

[7]) Birkmeyer, Lehrbuch S. 65.

[8]) v. Bomhard, Reform des Strafprozesses, Recht 1905 S. 419 ff., hier S. 422.

[9]) Benn.-Beling S. 274, 275.

[10]) Vgl. bereits Planck, Systematische Darstellung . . ., Göttingen 1857, S. 150; Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts S. 32; v. Kries S. 267; Höpfner, GoltdArch. 57 (1910). Legalitäts- und Opportunitätsprinzip S. 278 ff., insbes. S. 279 und verschiedene Hinweise auf dem 19. und 29. Juristentag und der außerordentlichen Tagung der Landesgruppe Deutsches Reich der IKV. vom 3. bis 5. 1. 1909 (Mitt. der IKV. Bd. 16 S. 7 ff.).

[11]) Ortloff, Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, GS. 49 S. 336; derselbe, Staat und Gesellschaft in der Strafrechtspflege, GS. 47 (1892) S. 14; Geyer S. 407.

[12]) Bornhak, Zur Reform des Strafprozesses, ZStrW. Bd. 90 (1898) S. 66 ff., besonders S. 76.

menen Geltung des Legalitätsprinzips die Abschaffung des Instituts der Staatsanwaltschaft empfahl und die Rückkehr des Inquisitionsprozesses wünschte[13]).

IV. Das Legalitätsprinzip wird auch in dieser Zeit mit den Strafrechtstheorien in Zusammenhang gebracht. Während Glaser[14]), Ullmann[15]) und v. Holtzendorff[16]) die Ansicht vertreten, daß ein Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien notwendig die Geltung des Legalitätsprinzips, ein Anhänger der relativen Strafrechtstheorien notwendig das Opportunitätsprinzip fordern müsse, weist John[17]) mit Recht darauf hin, daß es zwar richtig sei, daß die absoluten Strafrechtstheorien das Opportunitätsprinzip gänzlich ausschließen müßten. Mit den relativen Theorien sei aber sowohl das Opportunitätsprinzip wie auch das Legalitätsprinzip zu vereinbaren.

b) Auf der anderen Seite mehren sich, besonders um die Jahrhundertwende herum die Stimmen, die gegen die ausnahmslose Geltung des Legalitätsprinzips eintreten und die entweder die vollständige Aufgabe des Prinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips oder Einschränkung und Milderung des Legalitätsprinzips fordern.

Unter dem Pseudonym eines Justus Clemens[18]), eines Aulus Agerius[19]) und eines Numerius Negidius[20]) erscheinen Schriften, die sich gegen das zu viele Anklagen und die Strafwut der Staatsanwälte wenden. Ein zielloser Verfolgungseifer, wie er nur allzuoft bei der damaligen Staatsanwaltschaft hervortrete, führe notwendig zum Verlust des Unterscheidungsvermögens zwischen wesentlichen und unwesentlichen Dingen.

Als geeignetstes Mittel zur Abstellung der Mißstände wird in erster Linie die Ausdehnung der prinzipalen Privatklage auf weitere Deliktsgruppen als die im §414 StPO.[21]) genannten empfohlen. Hierfür setzt sich vor allem Richard

---

[13]) Als Verfechter eines strengen Legalitätsprinzips zeigt sich ferner Brettner (GoltdArch. 43, 1895, S. 342—348). Dieser tritt insbesondere einer Ausdehnung des Opportunitätsprinzips durch eine erweiterte Zulassung der Privatklagedelikte entgegen.

[14]) Glaser, Kl. Schr. S. 532/33.

[15]) Ullmann, Lehrb. d. deutschen Strafprozeßrechts S. 262 ff.

[16]) v. Holtzendorff, Rechtslexikon Bd. II S. 953.

[17]) John Bd. II S. 66/67.

[18]) Justus Clemens, Strafrecht u. Politik, Berlin 1898.

[19]) Aulus Agerius, Preuß. Jahrb. 81 (1895) S. 1 ff.

[20]) Numerius Negidius, Preuß. Jahrb. 83 (1896) S. 97 ff.

[21]) § 414 StPO. a. F. = § 374 StPO. n. F.

Schmidt[22]) ein. Auf Grund der gemachten Erfahrungen könnten im Interesse der Schonung des Staatsanwalts ungefährlich bestimmte Straftaten der privaten Verfolgung überlassen werden[23]). Ihm schließen sich im Ergebnis Seuffert[24]), Simonson[25]), Tjaben[26]) und Kulemann[27]) an. Als Gegner des strengen Legalitätsprinzips zeigen sich ferner Stenglein[28]), der sogar die vollständige Abschaffung des § 152 Abs. 2 verlangt und an Stelle dessen dem Verletzten ein weitgehendes Anklagerecht zubilligen will, und Galli[29]), der dem Legalitätsprinzip die Hauptschuld an der Zunahme solcher Anklagen und Verurteilungen gibt, welche das natürliche Empfinden wenig befriedigten und die Wirksamkeit der Strafe minderten. Abhilfe will Galli nicht durch völlige Aufgabe des Prinzips, sondern durch Einschränkung des Legalitätsprinzips für Übertretungen, für Beleidigungen des Kaisers und der Landesherren und für eine weitere Anzahl Privatklagedelikte schaffen. Hartmann[30]) weist darauf hin, daß das Legalitätsprinzip notwendig eine „gesetzliche Fiktion" bleiben müsse und zu Strafverfolgungen führe, an der die Allgemeinheit kein Interesse habe. Lucas[31]) endlich führt aus, daß das Legalitätsprinzip, das im großen ganzen einen Fortschritt der Rechtspflege bedeute, eine unerwünschte Nebenwirkung habe: es führe in seiner Starrheit zur Verfolgung ganz unbedeutender Zuwiderhandlungen; die von der Tagespresse gegen die Staatsanwaltschaft wegen angeblicher Verfolgungssucht gemachten Vorwürfe erklärten sich lediglich aus dem Legalitätsprinzip. Lucas empfiehlt eine „zeitgemäße Modifikation" des Prinzips.

c) Das allmählich wieder zunehmende Interesse für die um das Prinzip der Strafverfolgung entstehenden Fragen führte dazu, daß

---

22) Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger, Leipzig 1899.
23) Schmidt a. a. O. S. 60 ff.
24) Seuffert, Die Strafprozeßnovelle, DJZ. 1896 S. 90/91; derselbe, Die Bewegung im Strafrechte während der letzten 30 Jahre, Jahrb. d. Gehe-Stiftung 1901 S. 75 ff., besonders S. 140.
25) Simonson, Die Strafprozeßnovelle, DJZ. 1896 S. 114 ff.
26) Tjaben, Zur Strafprozeßnovelle, DJZ. 1896 S. 442.
27) Kulemann, Zur Reform des Strafprozesses und der Gerichtsverfassung, GS. 51 (1895) S. 145/46.
28) Stenglein, Die Reform des Strafprozesses, DJZ. 1903 S. 10 ff., besonders S. 12.
29) Galli, Zur Reform des Strafprozesses, DJZ. 1903 S. 377 ff.
30) Hartmann, Die Anklagebehörden im künftigen Strafprozeß, ZStrW. Bd. 25 S. 801/02.
31) Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis Bd. 1, Berlin 1902, S. 4/5.

sich auch der Juristentag und die Reichsgesetzgebung wieder mit dem Legalitätsprinzip beschäftigten.

Kurze Erwähnung fand das Problem auf dem neunzehnten Juristentag (Stettin 1888). Man wollte den in der Volksmeinung und Wissenschaft aufgezeigten Mißständen dadurch entgegentreten, daß man die prinzipale Privatklage auf weitere Straftaten ausdehnte, für die dann ebenfalls das Opportunitätsprinzip des § 416 StPO. gelten sollte. In seinem Gutachten befürwortete Stenglein[32]) die Ausdehnung der Privatklage auf die Sachbeschädigung (§ 303 StGB.), den Hausfriedensbruch (§ 123 StGB.), die Vollstreckungsvereitelung (§ 288 StGB.), die Pfandkehr (§ 289 StGB.), den Bruch des Berufsgeheimnisses (§ 300 StGB.), die Benachteiligung und schwere Ausbeutung Minderjähriger (§§ 301, 302 StGB.) und den Mundraub (§ 370 Ziff. 5 StGB.), wandte sich aber gegen die vielfach vorgeschlagene Ausdehnung der Privatklage auf die Fälle des § 223 a StGB. Der Referent Kronecker[33]) setzte sich ebenfalls für eine beträchtliche Erweiterung der Privatklagedelikte ein, während der Korreferent Bindseil[34]) gegen weitere Durchbrechungen des Legalitätsprinzips auftrat. Die dritte Abteilung des 19. Juristentages nahm schließlich einen Antrag Olshausens an, daß eine spezielle Bezeichnung einzelner Straftaten, auf welche die prinzipale Privatklage auszudehnen sei, sich nicht empfehle, die Frage, welche Ausdehnung dem Privatklageverfahren bei einer etwaigen Reform des Strafprozesses zu geben sei, vielmehr eine prinzipielle Lösung erheische[35]).

Die Reichsgesetzgebung beschäftigte sich 1895 mit der gleichen Frage der Ausdehnung der prinzipalen Privatklage. Dem Reichstag wurde ein Entwurf betreffend Abänderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung vorgelegt[36]). Der Entwurf wollte, augenscheinlich von den auf dem 19. Juristentage zur Verhandlung gekommenen Fragen beeinflußt, das Opportunitätsprinzip für eine Anzahl weiterer Privatklagedelikte einführen[37]). Den Grund für die Ausdehnung der Privatklage sah der

---

[32]) Stenglein, Gutachten zum 19. Juristentag über die Frage: Erscheint es angemessen, die prinzipale Privatklage auch auf Körperverletzungen des § 223 a StGB. sowie auf die Sachbeschädigung und den Hausfriedensbruch auszudehnen? (Verh.d.19.JT. (1888) Bd. 2 S. 249 ff.)

[33]) Kronecker, Verh.d.19.JT. Bd. 3 S. 273 ff.

[34]) Bindseil, Verh.d.19.JT. Bd. 3 S. 282 ff.

[35]) Verh.d.19.JT. Bd. 3 S. 299.

[36]) Nebst Begründung, Berlin 1895.

[37]) §§ 123 Abs. 1, 223 a, 241, 289 und 303 StGB.

Entwurf darin, daß die Privatklage allein für die Fälle der Beleidigung und Körperverletzung keine Berechtigung habe, da auch andere Straftaten genau wie diese mehr die Privatrechtssphäre als die öffentliche Ordnung verletzten[38]). Eine vom Reichstag eingesetzte Kommission billigte die Vorschläge des Entwurfs und schlug hierzu noch die Aufnahme des § 123 Abs. 3 StGB. in den Katalog der Privatklagedelikte vor[39]). Der Entwurf wurde nicht Gesetz. Eine neue Kommission von 1900 lehnte eine Einschränkung des Legalitätsprinzips durch Ausdehnung der prinzipalen Privatklage, allerdings mit nur geringer Mehrheit, überhaupt ab[40]).

Als Ergebnis der Zeit von 1879 bis 1903 ist festzustellen: Das Legalitätsprinzip als Regel wird grundsätzlich gelobt. Getadelt werden ungünstige Nebenwirkungen bei geringfügigen Zuwiderhandlungen, die das Institut der Staatsanwaltschaft wegen angeblicher Verfolgungssucht in Mißkredit bei der öffentlichen Meinung gebracht hatten. Vereinzelt werden Reformvorschläge in der Richtung auf eine Einschränkung des Prinzips hauptsächlich durch Erweiterung der prinzipalen Privatklage gemacht. Im allgemeinen bleibt es jedoch bei der bloßen Kritik und unklaren Anregungen. Die Zeit kann als Vorbereitungszeit für die das Legalitätsprinzip weitgehend einschränkenden Reformgesetzentwürfe der Jahre nach 1903 bezeichnet werden, wie die Zeit der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts die Vorbereitungszeit für die Reichsgesetzgebung nach 1871 war.

III. Die Zeit von 1903 bis zum Ausbruch des Weltkriegs.

a) Die Beschlüsse der Reformkommission.

Die Reformideen wurden wieder aufgenommen, als im Jahre 1903 das Reichsjustizamt auf eine Resolution des Reichstags hin eine Kommission von 21 Mitgliedern für die Reform des Strafprozesses berief. Die Beschlüsse der Kommission sind für die weitere Entwicklung von besonderer Wichtigkeit. Sie enthalten eine umfassende Regelung der Einschränkungen des Legalitätsprinzips. Die Anregungen, die die Kommission in dieser Richtung machte, sind in der Folgezeit der Mittelpunkt der Diskussionen um das Legalitätsprinzip und die Grundlage für alle späteren Reformvorschläge, welche die Kommissionsbeschlüsse in mehr oder weniger großen Abänderungen aufnehmen. Die Kommission erkannte an, daß die übermäßige

38) Begründung S. 68.
39) Drucks. d. Reichstags 1895/96 Nr. 294 S. 76 ff.
40) Drucks. d. Reichstags 1900/01 Nr. 220 S. 24 ff.

Zahl von Bestrafungen als Mißstand zu erachten sei[41]). Die geltende Gesetzgebung nötige in zahlreichen Fällen zu Strafverfolgungen, in denen eine solche wegen Geringfügigkeit der Tat oder nach besonderer Sachlage nicht im staatlichen Interesse liege. Die Kommission stellte sich entgegen der vielfach in der Literatur vertretenen Ansicht auf den Standpunkt, daß aus der Strafbarkeit einer Handlung noch nicht die Pflicht des Staates folge, die letztere unter allen Umständen zu verfolgen. Sie brachte zum Ausdruck, daß eine Abhilfe der aufgetretenen Mißstände schwerlich durch Änderung des materiellen Rechts zu erreichen sei und daß daher auf prozessualem Wege dem Überhandnehmen der Strafverfolgungen entgegengetreten werden müsse. Das könne aber nur durch eine Änderung des § 152 Abs. 2 geschehen. Demgemäß entschied sich die Kommission, nachdem in erster Lesung eine Einschränkung des Legalitätsprinzips mit nur 11 gegen 10 Stimmen beschlossen war, in zweiter Lesung einstimmig für die Einschränkung des Prinzips[42]). Zur völligen Anerkennung des Opportunitätsprinzips glaubte die Kommission deshalb nicht kommen zu können, weil ein ausreichender Schutz gegen die unberechtigte Ablehnung der Strafverfolgung im Falle der allgemeinen Durchführung des Opportunitätsprinzips nicht geschaffen werden könne: die subsidiäre Privatklage biete schon deshalb keine genügende Abhilfe, weil sie versage, soweit ein Verletzter nicht vorhanden sei; die Beschwerde an das Gericht sei ausgeschlossen, da dieses seiner Stellung nach nicht damit befaßt werden dürfe, Fragen der Zweckmäßigkeit zu entscheiden; die Gewährung der Popularklage müsse „von vornherein wegen der dagegen sprechenden schwerwiegenden Bedenken abgelehnt werden". Die Kommission hielt darum daran fest, daß als Regel auch weiterhin das Legalitätsprinzip gelten müsse. Die Tatsache aber, daß die Kommission das Opportunitätsprinzip nur aus dem Grunde ablehnte, weil ein ausreichender Schutz gegen die Unterlassungsfehler der Staatsanwaltschaft nicht gefunden werden könne, zeigt, wie freundlich gesinnt an sich die Kommission dem Opportunitätsprinzip war, und welch großer Unterschied bereits jetzt gegenüber den Verhandlungen über das Legalitätsprinzip anläßlich der Beratung der StPO. im Reichstage bestand.

Die Durchbrechungen des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips waren bedeutend und gingen weit über die Vorschläge des Entwurfs von 1895 hinaus: Für Übertretungen

---

[41]) Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Berlin 1905, Bd. 1 S. 135 ff.

[42]) Protokolle Bd. 1 S. 135, Bd. 2 S. 37.

sollte das Opportunitätsprinzip ohne die Möglichkeit, bei Ablehnung der Strafverfolgung durch den Staatsanwalt die Bestrafung des Täters auf andere Weise zu betreiben, gelten; bei Verbrechen und Vergehen von Personen unter 14 Jahren sollte im Falle des Einverständnisses des Verletzten von der Strafverfolgung abgesehen werden können, wenn diese nicht im öffentlichen Interesse liege. Die prinzipale Privatklage wurde in erster Lesung auf den Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 u. 2 StGB.), die gefährliche Körperverletzung (§ 223 a StGB.), die Bedrohung (§ 241 StGB.), die Sachbeschädigung (§ 303 StGB.), den Mundraub (§ 370 Ziff. 5 StGB.) und den Futterdiebstahl (§ 370 Ziff. 6 StGB.) ausgedehnt. Diesem Katalog fügte man in der zweiten Lesung noch die fahrlässige Körperverletzung unter Außerachtlassung einer Berufspflicht (§ 230 Abs. 2 StGB.) hinzu.

b) Kritik der Vorschläge.

Die Beschlüsse der Reformkommission riefen zahlreiche und umfangreiche Kritiken hervor. Eine eingehende Stellungnahme enthalten die kritischen Besprechungen, die Aschrott auf Veranlassung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (IKV.) herausgab. Die Ansichten waren sehr geteilt. Während sich einige mit dem Weg, den die Kommission zur Abstellung der aufgetretenen Mißstände eingeschlagen hatte, grundsätzlich einverstanden erklärten, waren anderen die vorgenommenen Einschränkungen zu weitgehend, wieder anderen zu eng.

Am weitesten geht Aschrott[43]) selbst in seinem Generalbericht: das Legalitätsprinzip dürfe nicht die Regel sein, von welcher für bestimmte Deliktsgruppen Ausnahmen zugelassen werden müßten, sondern die Regel müsse das freie Ermessen der Staatsanwaltschaft nach dem Opportunitätsprinzip bilden, demgegenüber das Legalitätsprinzip bei bestimmten Deliktsgruppen zu gelten habe. Als Korrektiv gegen diese Machtbefugnisse der Staatsanwaltschaft will Aschrott, abgesehen von der Beschwerde im Dienstaufsichtswege, die subsidiäre Privatklage eingeführt wissen. Auf dem schroff entgegengesetzten Standpunkt steht Thiersch[44]). Dieser ist entschiedener Anhänger eines strengen Legalitätsprinzips. Die Bestrafung aller, die dem Gesetze zuwiderhandeln, sei notwendig: „nullum crimen sine poena.“ Thiersch er-

---

43) Aschrott, Reform des Strafprozesses, Kritische Besprechung der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge, Berlin 1906 S. 77.

44) Thiersch bei Aschrott S. 202 ff.

kennt aber an, daß zum Zwecke der Entlastung der Staatsanwaltschaft gewisse Ausnahmen vom Legalitätsprinzip dort wünschenswert seien, wo an der Verfolgung der strafbaren Handlung die Allgemeinheit nur ein geringes, der Verletzte dagegen ein großes Interesse habe [45]). Mittelmeinungen vertreten Mittermaier und Schmidt-Ernsthausen. Ersterer [46]) wendet sich gegen die Lehre von der absoluten Strafpflicht des Staates, die im Gesetz keine Begründung finde. Dieses sage nur: „Der und der Tat entspricht die und die Strafe." [47]) Eine absolute Strafpflicht des Staates laufe geradezu dem Staatsinteresse zuwider [48]). Als Ergebnis findet er die Aufrechterhaltung des Legalitätsprinzips ebenso wie seine Milderung berechtigt, will aber nicht wie die Sachverständigenkommission kasuistisch bei einigen Deliktsgruppen das Legalitätsprinzip beseitigen, sondern überall dort, wo das öffentliche Interesse oder die praktisch vollkommene Unerheblichkeit des Falles es ermöglichen, das Opportunitätsprinzip zur Geltung kommen lassen. Im Ergebnis würde das allerdings auf die Niederlegung des Opportunitätsprinzips als Regel hinauslaufen, da die unbestimmten Rechtsbegriffe „öffentliches Interesse" und „Unerheblichkeit des Falles" dem Anstellen von Zweckmäßigkeitserwägungen durch den Staatsanwalt weitgehend Spielraum lassen. Schmidt-Ernsthausen [49]) fordert für Deliktsgruppen, für die ein staatliches Anklagemonopol besteht, die Geltung des Legalitätsprinzips mit der Begründung, daß, wenn zugleich die Erhebung der öffentlichen Klage von Opportunitätsrücksichten abhängig gemacht und die Privatklage ausgeschlossen sei, die Durchführung des Strafanspruchs dem Ermessen der Behörde völlig unterworfen und die staatliche Strafpflicht gesetzlich nicht gewährleistet sei. Das Bestehen einer solchen müsse aber angenommen werden. Andererseits sei auf einem Gebiete, auf welchem das Anklagemonopol ausgeschlossen sei und Privatpersonen ein Strafklagerecht gewährt werde, für das Legalitätsprinzip kein Raum [50]). Die prinzipale Privatklage und damit die Geltung des Opportunitätsprinzips will er für Übertretungen und einen Kreis von Delikten gelten lassen, der zum Teil weiter, zum Teil enger als der der Kommission ist. Von den Kritikern der IKV. spricht sich noch

[45]) Thiersch spricht sich gegen die Geltung des Opportunitätsprinzips für Übertretungen und Straftaten Jugendlicher unter 14 Jahren aus. In der Zulassung der prinzipalen Privatklage folgt er im wesentlichen den Kommissionsvorschlägen.

[46]) Mittermaier bei Aschrott S. 147 ff.

[47]) Mittermaier a. a. O. S. 158.

[48]) Mittermaier a. a. O. S. 159.

[49]) Schmidt-Ernsthausen bei Aschrott S. 162 ff.

[50]) Schmidt-Ernsthausen bei Aschrott S. 162/63.

Friedländer[51]) für eine ziemlich weite Ausdehnung des Opportunitätsprinzips aus, während Fuld[52]) es nur im geringen Umfange gelten lassen will. Köhne[53]) endlich erklärt sich mit der Ausdehnung des Opportunitätsprinzips auf die Straftaten Jugendlicher unter 14 Jahren einverstanden, hält aber die Zustimmung des Verletzten zur Unterlassung der Strafverfolgung für bedenklich, da es eine Rückkehr zu längst überwundenen rechtsphilosophischen Anschauungen, daß die Strafe ein Mittel zur Genugtuung des Verletzten sei, bedeute.

In den Verhandlungen der XI. Landesversammlung der Landesgruppe Deutsches Reich der JKV. setzte sich der Berichterstatter Aschrott noch einmal für das Opportunitätsprinzip als Regel ein[54]). Die Diskussionsredner Schmöldner, Hartmann, Bluhme und Hupertz befürworteten ebenfalls eine weitgehende Preisgabe des Legalitätsprinzips; die letzteren sprachen sich sogar ebenso wie Aschrott für die grundsätzliche Geltung des Opportunitätsprinzips aus[55]). Ein bestimmter Beschluß über das Legalitätsprinzip wurde jedoch von der Versammlung nicht gefaßt, vielmehr ein Antrag v. Liszt-Adickes-Aschrott-Heinemann angenommen, wonach eine neungliedrige Kommission die Grundlagen für eine durchgreifende Reform der Strafprozeßordnung beschaffen sollte[56]).

Auch außerhalb der JKV. wurden die Kommissionsvorschläge lebhaft besprochen. Zur vollständigen Ablehnung der Vorschläge kommt Delius[57]) aus dem Grunde, weil er gegen jegliche Erweiterung des Opportunitätsprinzips ist. Preiser[58]) schlägt vor, das Legalitätsprinzip ganz allgemein in der Weise zu durchbrechen, daß bei Vergehen und Übertretungen die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise dann ein Einschreiten unterlassen könne, wenn es sich um einen besonders leichten Fall handele und die Strafverfolgung nicht im öffentlichen Interesse liege[59]). Die Abschaffung des Legalitätsprinzips für Jugendliche sei ein unzulässiger Eingriff ins materielle

---

[51]) Bei Aschrott S. 577 ff.
[52]) Fuld bei Aschrott S. 601 ff.
[53]) Köhne bei Aschrott S. 623 ff., besonders S. 631.
[54]) Mittlg. d. JKV. Bd. 14 S. 229.
[55]) Mittlg. d. JKV. Bd. 14 S. 330—338.
[56]) Mittlg. d. JKV. Bd. 14 S. 299 ff.
[57]) Delius, Zur Strafprozeßreform, Jurist. Literaturbl. Bd. 17 S. 149 ff.
[58]) Preiser, Das Legalitätsprinzip und die Reform der RStPO. in Festschr. f. Carl Hagens, 1906, S. 92 ff.
[59]) a. a. O. S. 99.

Recht[60]), eine Sonderbehandlung der Übertretungen durch nichts gerechtfertigt[61]). Als Ausgleich für die Geltung des Opportunitätsprinzips schlägt er vor, bei Antragsdelikten und in Fällen, in denen es einen Verletzten gibt, die subsidiäre Privatklage des zum Antrage Befugten bzw. des Verletzten, in allen anderen Fällen die subsidiäre Popularklage einzuführen[62]). Den Katalog der Privatklagedelikte findet er zu eng[63]). Wie Preiser spricht sich auch Lucas[64]) bei der Kritik der Kommissionsbeschlüsse gegen ein starres Festhalten am Legalitätsprinzip aus. Die Geltung des Opportunitätsprinzips für Übertretungen hält er für nicht gerechtfertigt, da die Einteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eine ziemlich willkürliche sei[65]). Auch wendet er sich gegen eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips bei Straftaten Jugendlicher unter 14 Jahren, da die gewissenhafte Prüfung des Vorhandenseins der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Schuld eine ausreichende Handhabe bilde, in Fällen von Strafe abzusehen, wo diese schädlich sei[66]). Ähnlich wie Preiser will Lucas ganz allgemein in besonders geringfügigen und die Rechtsordnung in Wirklichkeit nicht beeinträchtigenden Fällen der Staatsanwaltschaft das Recht zubilligen, von der Strafverfolgung abzusehen. Gegen die Durchbrechung des Legalitätsprinzips für Übertretungen spricht sich endlich v. Bomhard[67]) mit der Begründung aus, daß mit der Einführung des Opportunitätsprinzips eine den Strafrichter präjudizierende Vorprüfung, ob überhaupt das tatsächlich verletzte Gesetz im einzelnen zur Anwendung gebracht werden solle, neu eingeführt werde.

c) Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in den Entwürfen einer Strafprozeßordnung von 1908 und 1909.

Die Beschlüsse der vom Reichsjustizamt eingesetzten Reformkommission wurden dem Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz zugrunde gelegt, der im September 1908 nebst Begründung im Druck erschien. Am

[60]) a. a. O. S. 94.
[61]) a. a. O. S. 96.
[62]) a. a. O. S. 100/01.
[63]) a. a. O. S. 93/94.
[64]) Lucas, Einzelne Betrachtungen zur Reform des Strafprozesses, ZStrW. Bd. 35 (1914) S. 155 ff.
[65]) Lucas a. a. O. S. 162 ff.
[66]) a. a. O. S. 167.
[67]) v. Bomhard, Recht, 1905, S. 419 ff., bes. 422.

26. März 1909 wurde dieser Entwurf, nachdem der Bundesrat ihm im wesentlichen zugestimmt hatte, mit geringen Änderungen dem Reichstag vorgelegt (Entw. 1909). In diesen Entwürfen war man den Anregungen der Kommission von 1903 in etwas veränderter und erweiterter Form gefolgt. In folgenden Fällen sollte das Opportunitätsprinzip eingeführt werden:

1. In Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, wenn die Verfolgung des Verdächtigen wegen Geringfügigkeit der Verfehlung nicht geboten erscheint (§ 153 Entw. 1909) [68].

2. Wenn die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer Strafe, die der Verdächtige wegen einer anderen Tat zu verbüßen oder zu erwarten hat, nicht ins Gewicht fällt (§ 154 Abs. 1 Entw. 1909).

3. Wenn die Tat zugleich im Inland und im Ausland begangen ist und inländische Rechtsgüter nicht verletzt sind (§ 155 Abs. 1 Entw. 1909).

4. Wenn die Tat von einem Ausländer im Inlande begangen ist und inländische Rechtsgüter nicht verletzt sind (§ 155 Abs. 2 Entw. 1909).

5. Für Straftaten Jugendlicher unter 18 Jahren, wenn Erziehungs- und Besserungsmaßregeln einer Bestrafung vorzuziehen sind [69]) (§ 365 Abs. 1 Entw. 1909). Ist der Verdächtige nicht mehr jugendlich, hat er aber die Tat vor Vollendung des 18. Lebensjahres begangen, so „kann" die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfehlung geringfügig ist.

6. In Privatklagesachen (§ 377 Abs. 2 Entw. 1909) [70]).

Der Entwurf des Jahres 1906 ergibt im wesentlichen das gleiche Bild, sodaß nicht besonders auf ihn eingegangen zu werden braucht.

In der Begründung des Entwurfs 1909 kam zum Ausdruck [71]), daß die Überspannung des Legalitätsprinzips zu vielfachen Klagen und Mißstimmungen gegen die Strafrechtspflege geführt habe, indem man für „kleinliche und schikanöse Verfolgungs-

---

[68]) Der Entwurf 1909 ging mithin über die Beschlüsse der Sachverständigenkommission insofern hinaus, als nach § 23 Abs. 2 auch ein Teil der Vergehensfälle vor den Amtsgerichten allein verhandelt werden konnte und damit in den Kreis der Delikte, für die das Opportunitätsprinzip gelten sollte, einbezogen werden sollte.

[69]) Bemerkenswert die Heraufsetzung des Alters von 14 auf 18 Jahren gegenüber den Beschlüssen der Reformkommission.

[70]) Für die Fälle der §§ 123, 185—187, 189, 223, 223a, 230, 241 und 303 StGB.; der Katalog entspricht im wesentlichen dem der Reformkommission.

[71]) S. 21—23.

sucht gehalten, was die Staatsanwaltschaft lediglich in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflicht getan" habe. Es wurde ferner darauf hingewiesen, daß bei unbemittelten Personen häufig eine kurze Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt werden müsse, die für die Zwecke der Strafrechtspflege wertlos, für den Betroffenen aber schädlich sein könne. Daneben wurde aber hervorgehoben, daß das Legalitätsprinzip „eine im erheblichen Maße unentbehrliche Garantie für die gleichmäßige und unparteiische Handhabung des Anklagerechts der Staatsanwaltschaft" sei.

In der zur Vorbereitung des Entwurfs eingesetzten Reichstagskommission wurden noch einmal alle Bedenken gegen eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips geltend gemacht. Man wandte sich vor allem gegen die Bestimmung des § 153. Eine Mehrheit fand sich bei den Beratungen der Kommission für die Durchbrechung des Legalitätsprinzips bei Übertretungen, die in folgender, nicht gerade sehr glücklich gewählter Form aufgenommen werden sollte: „Bei Übertretungen kann die Staatsanwaltschaft von Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfehlung wegen des Grades der Verschuldung und der Folgen der Tat geringfügig ist." [72]) In dem Plenum des Reichstags kam der Entwurf nicht mehr zur Beratung, weil man inzwischen immer mehr dem Plane nachging, vor der Reform des Strafprozesses eine Reform des materiellen Rechts durchzuführen.

d) Stellungnahme des 29. Juristentages zum Legalitätsprinzip.

Kurz nach dem Herauskommen des Entw. 1908 trat der 29. Juristentag zusammen, der wieder einmal die Fragen um das Legalitätsprinzip mit an erster Stelle auf die Tagesordnung gesetzt hatte. Dem Juristentag war die Frage vorgelegt worden: „Inwieweit bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung?" Aus den Gutachten, Verhandlungen und Beschlüssen geht hervor, daß der Juristentag im wesentlichen seinen über das Legalitätsprinzip bereits gefaßten Entschlüssen treu blieb, indem er für ein möglichst streng durchgeführtes Legalitätsprinzip eintrat und eine Einschränkung des Prinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips nur für die die Privatrechtssphäre mehr als die öffentliche Ordnung verletzenden Straftaten gutheißen wollte. Von den vier Gutachtern: Allmann, Dietz, Graf Gleispach und Feisenberger konnte nur der letztere noch den Entwurf 1908 in seinem Gutachten berücksichtigen, während

[72]) Drucks. d. Reichstags 1909—1911 Nr. 638 S. 791.

die drei ersteren bereits vor dem Herauskommen des Entwurfs ihre Gutachten abgeschlossen hatten. Im Ergebnis kommt Ullmann[73]) zu einer völligen Billigung der Beschlüsse der Kommission von 1905, während Dietz[74]) noch über die Vorschläge der Kommission hinausgeht und die prinzipale Privatklage für einen größeren Kreis von Deliktsgruppen eingeführt wissen will. Auf ganz anderem Standpunkt standen die beiden anderen Gutachter. Sie waren grundsätzliche Gegner einer allzu weitgehenden Durchbrechung des Legalitätsprinzips. Graf Gleispach[75]) empfahl dem Juristentag folgende „Leitsätze" zur Annahme: 1. Das Legalitätsprinzip — eine der wichtigsten Garantien einer gleichmäßigen und unabhängigen Rechtsanwendung und des Vertrauens des Volkes in die Strafrechtspflege — hat das Verfahren auf dem Gebiete der ganzen öffentlichen Anklage zu beherrschen. 2. Die leichtesten Verletzungen höchstpersönlicher Interessen sind aus dem Gebiete der öffentlichen Anklage auszuschalten und nur auf Privatklage des Verletzten zu bestrafen. 3. Es ist ausdrücklich festzustellen, daß auch alle den Strafverfolgungsorganen vorgesetzten Behörden einschließlich der obersten Justizverwaltung an den Legalitätsgrundsatz gebunden sind. 4. Ungerechten und unzweckmäßigen Bestrafungen vorzubeugen ist Aufgabe der Reform des materiellen Strafrechts. 5. Übertretungen von Polizeivorschriften sind aus dem Gebiete des kriminellen Strafrechts auszuschalten und sowohl materiell als auch bezüglich des Verfahrens besonderen Grundsätzen zu unterstellen. Ebenso sprach sich Feisenberger[76]) gegen die Einführung des Opportunitätsprinzips für Übertretungen und Straftaten Jugendlicher aus. Er billigte auch nicht eine Einschränkung des Legalitätsprinzips durch Erweiterung der Privatklagedelikte in dem von der Reformkommission von 1903 und dem Entw. 1908 vorgesehenen Umfange. Die Delikte des Hausfriedensbruches, der Bedrohung, der Sachbeschädigung, des Jagdvergehens und des Lebensmittel- und Futterdiebstahls müßten weiterhin nach dem Legalitätsprinzip verfolgt werden; denn der Schutz der Rechtsgüter des Eigentums, des Besitzes und der persönlichen Sicherheit lägen im öffentlichen Interesse[77]). Maßgebend für den Strafrechtsschutz dieser Güter sei nicht das private, sondern das staatliche Interesse. In der Sitzung der dritten Abteilung des 29. Juristentages einigten sich die beiden Referenten Graf

---

[73]) Verh.d.29.JT. Bd. 1 S. 63 ff.
[74]) Verh.d.29.JT. Bd. III S. 51 ff.
[75]) Verh.d.29.JT. Bd. V S. 456.
[76]) Verh.d.29.JT. Bd. V S. 457 ff.
[77]) Verh.d.29.JT. Bd. V S. 468.

Gleispach und Feisenberger im wesentlichen auf den Vorschlag des Grafen Gleispach[78]), wozu Feisenberger noch einen Unterantrag stellte, daß der Staatsanwalt neben dem Klagerecht der Privatpersonen bei den Privatklagedelikten ein Anklagerecht bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses haben müsse[79]). Die dritte Abteilung des 29. Juristentages nahm den Antrag Graf Gleispach-Feisenberger an, lehnte den Unterantrag Feisenberger ab und befürwortete gleichzeitig zwei Anträge Olshausens, von denen der erste die grundsätzliche Billigung der Vorschläge des Entw. 1908 zur Einschränkung des Legalitätsprinzips zum Inhalt hatte, der zweite die Forderung, es für wünschenswert zu erklären, den Umfang der Privatklage in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem Umfange der Antragsvergehen zu regeln[80]). Da durch die gleichzeitige Annahme dieser Anträge ein „unlösbarer Widerspruch“ geschaffen war, wurde die Frage dem Plenum des Juristentages vorgelegt. Hier wies Graf Gleispach darauf hin, daß der Zweck: Abstellung der Mißstände, die durch die fast ausschließliche Geltung des Legalitätsprinzips in der Strafprozeßordnung entstanden seien, nur durch eine Reform des materiellen Rechts erreicht werden könne, nicht aber durch weitgehende Einschränkung des Prinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips. Die Privatklage dürfe nur dort zugelassen werden, wo das Delikt lediglich als Verletzung privater Interessen erscheine, wo der Rechtsgüterschutz vom Staat primär im Interesse des Verletzten gewährt werde, wobei es besser sei, von einer Spezialisierung dieser Fälle abzusehen; seiner Ansicht nach seien in den Kreis hineinzuziehen: die Beleidigungen, Mißhandlungen, Verletzungen des Brief- und Schriftgeheimnisses und vielleicht einige Verletzungen des sogenannten geistigen Eigentums. Das Plenum des Juristentages entschied sich dafür, den Antrag Graf Gleispach-Feisenberger zu bestätigen und von den beiden Beschlüssen, die auf die Anträge Olshausens hin gefaßt worden waren, nur dem letzteren zuzustimmen[81]).

Damit hatte sich der Juristentag wieder eindeutig für das Legalitätsprinzip und gegen eine erhebliche Durchbrechung dieses Prinzips ausgesprochen. Bemerkenswert ist, daß wäh-

---

[78]) These 2 und These 3 wurden umgetauscht. Die nunmehrige These 3 erhielt folgende Fassung: Insoweit der Strafrechtsschutz als solcher durch das Strafgesetz unmittelbar nur im Interesse des einzelnen Verletzten vom Staate gewährt wird, geschieht die Strafverfolgung durch die Privatklage (Verh.d.29.JT. Bd. V S. 471/72).

[79]) Verh.d.29.JT. Bd. V S. 472.

[80]) Verh.d.29.JT. Bd. V S. 519, 520.

[81]) Verh.d.29.JT. Bd. V S. 834—871, bes. 869—871.

rend der umfangreichen Verhandlungen nicht eine Stimme für die völlige Aufgabe des Prinzips eintrat.

e) Kritik der Entwürfe von 1908 und 1909 außerhalb des 29. Juristentags.

Die Entwürfe der StPO. von 1908 und 1909 riefen auch außerhalb des Juristentages lebhafte Besprechungen hervor. Einen wichtigen Beitrag liefern wieder die Verhandlungen der IKV., die auf einer außerordentlichen Landesversammlung zu den Vorschlägen Stellung nahm und die als Ergebnis in ihrem „feierlichen Schluß-Résumé" zum Ausdruck brachte, daß „Durchbrechungen des Legalitätsprinzips nur unter Kautelen, als sie der Entwurf aufstellt, zulässig" sein dürften[82]).

Die Kritiker der Entwürfe von 1908 und 1909 teilen sich wieder in Anhänger eines starren Legalitätsprinzips, in Freunde der Einführung des Opportunitätsprinzips als Regel und in die Vertreter einer Mittelmeinung, die für eine mehr oder weniger weite Durchbrechung des Legalitätsprinzips durch Ausnahmen eintreten. Zur ersteren Gruppe gehören: v. Lilienthal[83]), v. Liszt[84]), Harburger[85]), Feisenberger[86]), Löwenstein[87]), Lucas[88]), Birkmeyer[89]), Lang[90]) und Heinemann[91]). Für die Regelung eines durch Ausnahmen durchbrochenen Legalitätsprinzips setzen sich Wach[92]), Kronecker[93]) und der Sozialdemokrat Heine[94]) ein, letzterer allerdings nicht, weil er einer Zulassung von Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Strafverfolgung zustimmt, sondern weil das Legalitätsprinzip doch nur Schein, der Staatsanwalt bei seiner Abhängigkeit von politischen Behörden und seiner gesellschaftlichen Stellung als Schützer des Eigentums doch nie objektiv und unparteiisch

---

82) Mittl. d. IKV. Bd. 16.
83) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 288/89; vgl. auch ZStrW. 29 S. 298 ff.
84) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 273—276.
85) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 280—282.
86) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 257—265.
87) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 289—292.
88) Lucas, Einzelne Betrachtungen zur Reform des Strafprozesses, ZStrW. Bd. 35 (1914) S. 155 ff.
89) Birkmeyer, Zur Reform der StPO., DJZ. 1909 Sp. 1049 ff.
90) Lang, Sozialist. Monatshefte 1908 S. 1563.
91) Heinemann, Soz. Monatshefte 1915 S. 780 ff.
92) Wach, Die Novelle zum GVG. und der Entwurf einer StPO., DJZ. 1909 Sp. 15.
93) Kronecker, Zur Reform der StPO., DJZ. 1909 Sp. 291 ff.
94) Heine, Soz. Monatshefte 1909 S. 481 ff.

sei; es sei besser, wenn jetzt offen die Anklage nur nach politischen Gesichtspunkten erhoben würde; die Sozialdemokraten hätten kein Interesse daran, den „Nymbus der Staatsanwaltschaft“ als einer objektiven Behörde zu retten. Aschrott[95]), der noch 1905 das Opportunitätsprinzip als Regel einführen wollte, ist jetzt nicht mehr dieser Ansicht, dafür aber Klee[96]), Hartmann[97]) und Hamm[98]). Rosenberg[99]) setzt sich für die Einführung des Opportunitätsprinzips für „besonders leichte Fälle“ ein, wobei es gleichgültig sein soll, ob es sich um ein Vergehen oder um eine Übertretung handelt.

f) Das Ergebnis der Zeit von 1903 bis 1914.

Als Ergebnis der Zeit von der Einsetzung der Sachverständigenkommission im Jahre 1903 bis zum Ausbruch des Krieges ist festzuhalten, daß man sich einstimmig in allen Kreisen darüber klar war, daß eine Durchbrechung des starren Legalitätsprinzips, wie es fast ausnahmslos in der StPO. niedergelegt war, eine Notwendigkeit sei. Nicht einer stand in dieser Zeit auf, der nicht zum mindesten eine Erweiterung der Privatklage auf weitere Deliktsgruppen als die im § 414 StPO. genannten befürwortete. Der gesetzgeberische Erfolg der Bestrebungen war dagegen nur gering. Eine ungeheure Arbeit der Wissenschaft, von Sachverständigenkommissionen, von Verhandlungen der Juristentage, des Reichstages und der IKV. schien umsonst, als der Entwurf vom Jahre 1909 nicht aus den Beratungen der Reichstagskommission in das Plenum gelangte, vielmehr die immer mehr sich durchsetzende Ansicht, daß eine Reform des materiellen Rechts der des Verfahrensrechts vorgehen müsse, alle Pläne der Abschwächung des in seiner Starrheit schädlichen Legalitätsprinzips zunächst vernichtete. Am Ende dieser Zeit war man, was die Ausdehnung des Opportunitätsprinzips anbetrifft, fast genau so weit wie am Anfang. Nur in einigen Spezialgesetzen hatte man für einige Deliktsgruppen zugleich mit der Niederlegung der materiellen Strafnorm Durchbrechungen des Legalitätsprinzips gesetzlich anerkannt[100]). Ein innerer

---

95) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 16.
96) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 266—269.
97) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 286—288.
98) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 87/88.
99) Mittl. d. IKV. Bd. 16 S. 246—248, 256.
100) Einmal wurde für einige weitere Fälle des sogenannten objektiven Strafverfahrens das Opportunitätsprinzip eingeführt: § 15 Abs. 2 des Nahrungsmittelgesetzes von 1879; § 28 Abs. 2 des Reichsgesetzes betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. 6. 1900; § 31 Abs. 4 des Weingesetzes vom 7. 4. 1909; § 77 Abs. 2 des Viehseuchenge-

Zusammenhang zwischen diesen Gesetzen und den geleisteten Reformarbeiten besteht aber nicht.

Obwohl aber die vielseitigen Reformvorschläge nur in so geringem Umfange in der Gesetzgebung vor Kriegsausbruch zum Ausdruck gekommen sind, ist die geleistete Arbeit nicht ohne Einfluß auf den Fortgang der Entwicklung geblieben, da die Nachkriegsreformen zum größten Teil die Anregungen der Zeit vor dem Kriege verwerteten und damit zum sichtbaren Erfolg führten.

IV. Die Zeit von 1914 bis 1933.

a) Die Kriegszeit.

In der Kriegszeit verstummten zunächst die Erörterungen der Fragen um das Legalitätsprinzip. Der Krieg stellte den Juristen andere Aufgaben als die einer Reform des Strafprozesses. Eine Ausnahme machte der „Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Rechtspflege" vom Jahre 1917 [101]), nach dem zum Zwecke einer „Verringerung des Aufwandes von Personen und Arbeit" im Art. V Ziff. 2 „Milderungen des Anklagezwanges" eingeführt werden sollten. Dem § 152 sollte ein § 152 a hinzugefügt werden, nach dem die Staatsanwaltschaft bei Übertretungen und einigen Vergehen von der Erhebung der Klage absehen konnte, wenn das Verschulden des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend waren. Art. V Ziff. 2 des Entwurfs wurde im Reichstagsausschuß abgelehnt [102]).

Eine zum Gesetz gewordene Durchbrechung des Legalitätsprinzips brachte § 1 Abs. 1 der „Bekanntmachung über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen" vom 18. Januar 1917 [103]). Die Staatsanwaltschaft kann danach bei Verletzung gewisser Strafbestimmungen des Wirtschaftsnotrechts des Krieges bei dem Gericht die Einstellung des Verfahrens beantragen, wenn die öffentliche Klage noch nicht erhoben ist und der Beschuldigte in unverschuldbarem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit der übertretenen Vorschrift die Tat für erlaubt gehalten hat.

---

setzes vom 26. 6. 1909; § 7 des Vogelschutzgesetzes. Zum anderen erhielt die prinzipale Privatklage und damit das Opportunitätsprinzip einen neuen Anwendungsfall im § 12 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes von 1896.

[101]) Drucks. d. Reichstags 1914—1918 Nr. 658.

[102]) Drucks. d. Reichstags 1914—1918 Nr. 1110.

[103]) RGBl. 1917 S. 58.

Gleichfalls hier zu nennen ist die „Bekanntmachung vom 22. März 1917 betr. einige die Kriegsverordnung ergänzende Vorschriften über Einziehung und über Veräußerung beschlagnahmter Gegenstände“ [104]).

b) Der Entwurf von 1919 des Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen.

Die Nachkriegszeit steht unter dem Zeichen großer Verworrenheit. Gesetzentwürfe, Gesetze und Novellen überschlagen sich förmlich. Jeder neue Vorschlag wurde von einer großen Anzahl Kritiken begleitet. Wesentlich neue Gedanken zum Legalitätsprinzip bringt die Zeit nicht. Es galt vor allen Dingen, die Anregungen der Vorkriegszeit in die Tat umzusetzen. Die in der Zeit von 1879 bis 1903 vorbereiteten, in der Zeit von 1903 bis 1914 ausgearbeiteten Reformvorschläge wurden zum größten Teil jetzt Gesetz.

Schon sehr bald nach der Revolution beschäftigte sich die Gesetzgebung mit dem Legalitätsprinzip. Die erste Durchbrechung des Legalitätsprinzips in Deutschland [105]) nach dem Kriege erfolgte durch die Bestimmungen der §§ 443 Abs. 1, 437 [106]) der Reichsabgabenordnung, durch die durch Einführung des Instituts der Niederschlagung des Verwaltungsstrafverfahrens Opportunitätsrücksichten in die Strafrechtspflege eingeführt wurden [107]). Eine weitere Durchbrechung des Legalitätsprinzips wurde durch § 7 des Gesetzes betreffend die Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit vom 17. August 1920 [108]) dadurch geschaffen, daß in Fällen, in denen ein Untergebener oder eine nicht der Wehrmacht angehörige Person verletzt ist, die Staatsanwaltschaft von der Erhebung einer Anklage absehen „kann“, wenn die militärische Straftat gemäß § 3 EGMilStGB. disziplinarisch zu ahnden ist.

Der Versuch, das Legalitätsprinzip nicht allein für einzelne Deliktsarten, sondern ganz allgemein abzuschaffen, wurde in dem Entwurf eines „Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen“ gemacht, den 1919 die Regierung vorlegte [109]). Dies be-

---

[104]) RGBl. 1917 S. 255.

[105]) In Österreich wurden Einschränkungen des Legalitätsprinzips bereits in Art. I Ziff. 6, 9 u. 20 der Strafprozeßnovelle zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 5. 12. 1918 vorgenommen (vgl. Ebermayer, JW. 1918 S. 559).

[106]) Nach der Fassung des Gesetzes vom 22. 5. 1931 in §§ 477, 472 RAO.

[107]) Becker, Die Reichsabgabenordnung, Berlin 1922, S. 578.

[108]) RGBl. S. 1579; die Bestimmung fand bei der Neufassung der StPO. im Jahre 1924 im § 435 Aufnahme.

[109]) Entwurf eines „Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen“, veröffentlicht Berlin 1920.

deutete zugleich die Einsicht, daß die Reform des Strafverfahrens nicht so lange hinausgezögert werden könne, bis die Reform des materiellen Rechts durchgeführt war. Es kam hinzu, daß im Zusammenhang mit der staatlichen Neuordnung eine Reihe von Fragen auf dem Gebiete des Strafverfahrens auftauchten, die das Interesse für eine Reform des Strafprozesses zu neuem Leben erweckten. Die Schädlichkeit insbesondere des Legalitätsprinzipes hatte sich gerade in der Kriegs- und Nachkriegszeit gezeigt, wo infolge der Vervielfachung der Strafbestimmungen namentlich auf dem Gebiete der Übertretungen und kleinerer Vergehen die Innehaltung des Gesetzes meist schon aus Unkenntnis unmöglich war, sodaß sich ein großer Teil des Volkes strafbar machte, ohne daß man ihn als besonders strafwürdig bezeichnen konnte. Der Entwurf von 1919 wollte, aufbauend auf den Vorkriegsvorschlägen, besonders des Entwurfs von 1909, diesen veränderten Verhältnissen Rechnung tragen. Wie der Entwurf von 1909 stellte er den Anklagezwang als Regel an die Spitze, der dann durch viele Ausnahmen durchbrochen wird.

Eine einschneidende Neuerung auf dem Gebiete der Durchbrechungen des Legalitätsprinzips war insbesondere die des § 177 des Entwurfs: „wegen einer Übertretung wird keine Anklage erhoben, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind". Hinsichtlich der Übertretungen weicht mithin der Entw. 1919 von dem des Jahres 1909 ab. Im letzteren galt für diese das reine Opportunitätsprinzip. Der Entw. 1919 durchbricht auch das Legalitätsprinzip, läßt aber an die Stelle ein Anklageverbot treten. Die Änderung ist sachlich jedoch nicht so groß, wie es auf den ersten Blick aussieht, wenn man bedenkt, daß die „geringe Schuld" des Täters und die „unbedeutenden Folgen der Tat" so unbestimmte Rechtsbegriffe sind, daß dem Ermessen der Staatsanwaltschaft weitgehend Spielraum gelassen ist. Ob die Staatsanwaltschaft bei Übertretungen von der Erhebung der Anklage absehen „kann" oder bei geringer Schuld des Täters und unbedeutenden Folgen der Tat die Strafverfolgung unterlassen muß, wird in der Praxis der Ausübung der Tätigkeit der Strafverfolgung im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen führen. Ein großer Unterschied besteht aber doch zwischen den Entwürfen: während im Entwurf 1909 das Ermessen der Staatsanwaltschaft einer Nachprüfung nicht unterworfen war, sind nach § 177 des Entwurfs von 1919 die geringe Schuld und die unbedeutenden Folgen der Tat zum Prozeßhindernis auch für den Richter erhoben. In den Motiven zum Entw. 1919 kommt zum Ausdruck[110]),

[110]) S. 17, 18.

daß die Einführung des Opportunitätsprinzips für Übertretungen gemäß dem Entwurf von 1909 „bedenklich scheine". Andererseits müsse gerade in der Gegenwart, in der die Zahl der Strafdrohungen ins Ungemessene gewachsen und die Verfolgung jeder geringfügigen Zuwiderhandlung tatsächlich unmöglich sei, eine Rechtslage geschaffen werden, die einerseits der Behörde gestatte, geringfügige Verfehlungen unverfolgt zu lassen, andererseits sie aber des Verdachts überhebe, bei Ausübung dieses Rechts „ungleichmäßig oder gar parteiisch zu verfahren". Bemerkenswert an der Regelung der Strafverfolgung von Übertretungen ist außerdem, daß der Entwurf einen Schritt auf dem Wege zur Gneistschen Popularklage macht. Demjenigen, der an der Bestrafung von Übertretungen ein „berechtigtes Interesse" hat, sollte bei Ablehnung der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft die „Eigenklage" zustehen (§ 389). Gegen Mißbrauch des Anklagerechts sollte die Notwendigkeit der Vertretung durch einen Rechtsanwalt und das Erfordernis der Sicherheitsleistung schützen.

Weitere Durchbrechungen des Legalitätsprinzips sah der Entwurf im § 178, dem Vorbild des heutigen § 154, im § 179, einer Bestimmung, die der des § 155 des Entw. 1909 entsprach, und in § 364 durch Erweiterung der Privatklage in etwa dem gleichen Umfang, wie sie der Entw. 1909 vornahm, vor[111]).

Der Entwurf 1919 wurde in der Art und Weise der Einschränkung des Legalitätsprinzips im wesentlichen freundlich begrüßt. Nicht eine Stimme kam zur vollständigen Ablehnung der Vorschläge[112]). Mittermaier[113]) wünscht, über die Vorschläge des Entwurfs hinausgehend, daß die freie Stellung der Staatsanwaltschaft, die der Entwurf dieser für Übertretungen einräumt, auch auf Verbrechen und Vergehen ausgedehnt werde. Am meisten angegriffen wird § 177 des Entwurfs. Preiser[114]) und v. Hippel[115]) schlagen für die Regelung der Strafverfolgung von Übertretungen die Rückkehr zum reinen Opportunitätsprinzip des Entw. 1909 vor, da das Verfolgungsverbot des § 177 in der Form einer prozeßrechtlichen Bestimmung das materielle Recht in einschnei-

[111]) Der Entw. 1909 enthielt auch noch den § 230 Abs. 2.

[112]) Einen wichtigen Beitrag zu den Besprechungen des Entwurfs liefern die Verhandlungen der IKV. (vgl. JW. 1920 S. 256 ff.) und die Sitzung des Berliner Anwaltvereins (JW. 1920 S. 259).

[113]) Mittermaier bei Löwenstein, JW. 1920 S. 257.

[114]) Preiser, Die Stellung der Staatsanwaltschaft in den Entwürfen zur Neuordnung unseres Strafverfahrens, ZStrW. Bd. 41 (1920) S. 373 ff., bes. S. 382—385.

[115]) v. Hippel, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStrW. 41 (1920) S. 325 ff., bes. S. 328 ff.

dender Weise ändere. **Sontag**[116]) ist der Ansicht, daß eine Unterscheidung nach dem Gesichtspunkt: An der Verfolgung welcher Übertretung ist die Gemeinheit interessiert, an der Verfolgung welcher nicht, zu besseren Resultaten führen würde, als die Scheidung nach dem Gesichtspunkt des geringen Schadens und der geringen Erheblichkeit[117]). Als Gegner einer Ausdehnung der Einschränkungen des Legalitätsprinzips spricht sich **Weber**[118]) aus: die Staatsanwaltschaft könne nicht gleichzeitig den staatlichen Auftrag erhalten, das Gesetz, dessen Diener sie sei, nach ihrem Ermessen nicht anzuwenden. Insbesondere dürfe die Staatsanwaltschaft nicht nach dem Grundsatz: minima non curat praetor verfahren. Demgegenüber setzt sich **Heilberg**[119]) dafür ein, daß die Staatsanwaltschaft, mindestens aber die Gerichte in die Lage versetzt werden müßten, von der strafgerichtlichen Verfolgung von Quisquilien abzusehen.

Nicht die Tatsache, daß der Entwurf das Legalitätsprinzip weitgehendst einschränkte, sondern die Art und Weise der Durchbrechungen des Legalitätsprinzips waren mithin die Hauptangriffspunkte der Kritik.

c) Ausdehnung der Privatklage und des Opportunitätsprinzips durch das Gesetz vom 11. März 1921.

Der Entwurf von 1919 blieb im Reichsrat hängen und wurde von einem neuen „Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Gerichte" überholt. In der Begründung zum Entwurf[120]) wurde zum Ausdruck gebracht, daß die Behörden der Staatsanwaltschaft derartig überlastet seien, daß das Anschwellen der Arbeit eine geordnete Rechtspflege überhaupt in Frage stelle. Der am 11. März 1921 zum Gesetz gewordene Entwurf brachte endlich die nun schon seit langem fast einstimmig geforderte Ausdehnung der Privatklage. Die prinzipale Privatklage und damit das Opportunitätsprinzip wurde nach dem Gesetz für folgende Straftaten zugelassen:

1. Das Vergehen des Hausfriedensbruchs im Falle des § 123 StGB.;

---

[116]) Sontag, Zum Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, GoltdArch. 68 (1920) S. 321 ff.

[117]) Sontag a. a. O. S. 324.

[118]) Weber, Staatsanwaltschaftliche Geschäftsführung und liberale Strafrechtspflege, Deutsche Strafrechtszeitung 1920 Sp. 342 ff., bes. Sp. 345 ff.

[119]) Heilberg, Die Überlastung der Gerichte und die Mittel zur Abhilfe, JW. 1920 S. 995 ff., bes. S. 997.

[120]) Begründung S. 5.

2. die Vergehen der Beleidigung in den Fällen der §§ 185—187, 189 StGB., wenn nicht eine der im § 179 bezeichneten politischen Körperschaften beleidigt ist;

3. die Vergehen der Körperverletzung in den Fällen der §§ 223, 223 a Abs. 1 und des § 230 StGB., sofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist;

4. das Vergehen der Bedrohung im Falle des § 241.

5. das Vergehen der Verletzung fremder Geheimnisse im Falle des § 299 StGB.;

6. das Vergehen der Sachbeschädigung im Falle des § 303 StGB.;

7. alle nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb strafbaren Vergehen;

8. alle Verletzungen des literarischen, künstlerischen und gewerblichen Urheberrechts, soweit sie als Vergehen strafbar sind.

d) Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 und das Legalitätsprinzip.

Mit der Novelle vom 11. März 1921 wurde zugleich der Plan einer einheitlichen Reform des Strafverfahrens und insbesondere einer zusammenfassenden Regelung der Ausnahmen des Legalitätsprinzips überhaupt aufgegeben. Die Durchbrechungen des Legalitätsprinzips wurden nun durch eine große Zahl von Novellen zur StPO. und Spezialgesetzen in Angriff genommen.

Eine Einschränkung erlitt das Legalitätsprinzip durch das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923. Die Frage der Bestrafung Jugendlicher hatte man bereits seit 1912 von der Reform der Strafprozeßordnung abgetrennt und sie einer eigenen Behandlung unterzogen. Der schon in den Beratungen der Sachverständigenkommission vom Jahre 1903 auftauchende Gedanke, daß das starre Legalitätsprinzip für die Straftaten Jugendlicher schädlich sei, wurde im JGG. Gesetz. Während noch der Entw. 1909 uneingeschränkt das Opportunitätsprinzip einführen wollte, geht das JGG. (§ 23 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 6, 9 Abs. 4) einen anderen Weg: Nach dem JGG. kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Jugendrichters von der Erhebung einer Anklage absehen, wenn bereits eine Erziehungsmaßregel angeordnet worden ist und weitere Maßnahmen nicht erforderlich sind, oder wenn anzunehmen ist, daß das Gericht von Strafe absehen wird, weil die Straftat ein besonders leichter Fall eines Vergehens oder einer Übertretung ist. Im § 23 Abs. 2 ist mithin

formell keine reine Ausnahme vom Legalitätsprinzip geschaffen, da das Unterlassen der Strafverfolgung nicht allein von Zweckmäßigkeitserwägungen des Staatsanwalts abhängig gemacht wird, vielmehr die Zustimmung des Richters gefordert wird. Mit Kamps[121]) spricht man daher am besten in diesem Falle von einer bloßen „Abschwächung des Legalitätsprinzips“ oder von einem „eingeschränkten Opportunitätsprinzip“.

e) Die Emmingersche Justizreform.

Neue Vorschläge zur Einschränkung des Legalitätsprinzips brachte ein Antrag Schiffer und Genossen, der als „Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens“ im Reichstag eingebracht wurde[122]). Bei Übertretungen sollte nach § 29 die Strafverfolgung nur stattfinden, soweit ein öffentliches Interesse vorliegt. In § 30 wurde dem Gericht die Befugnis zugesprochen, beim Fehlen eines öffentlichen Interesses die Strafverfolgung wegen Übertretungen und Vergehen auf Antrag der Staatsanwaltschaft einzustellen.

Der Entwurf Schiffer wurde der unmittelbare Vorläufer der „Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege“ vom 4. Januar 1924. Auf Grund eines der Regierung weitgehend diktatorische Gewalt einräumenden Ermächtigungsgesetzes vom 8. Dezember 1923[123]) wurden einschneidende Durchbrechungen durch die §§ 23 und 24 der Verordnung vorgenommen, nachdem in vertraulichen Beratungen Ausschüsse des Reichstags und des Reichsrats vor Erlaß der Verordnung gehört worden waren[124]).

§ 23 der Verordnung enthält in seinen Absätzen 1—3 weitgehende Einschränkungen des Legalitätsprinzips, die bei der Neufassung der Strafprozeßordnung als § 153 wörtlich übernommen wurden. Durch diese Bestimmungen wurde zum erstenmal in einem Gesetz nicht allein für einzelne Deliktsgruppen, sondern ganz allgemein Ausnahmen vom Verfolgungszwang geschaffen. Der unmittelbare Anlaß zu den weitgehenden Einschränkungen des Legalitätsprinzips war die große Finanznot des durch Krieg und Inflation geschwächten Staates. Man war dadurch gezwungen, die Strafrechtspflege bis an die Grenze des im Interesse

---

[121]) Kamps, Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafprozeß ..., 1930, S. 63/64.
[122]) Drucks. d. Reichstags 1920/23 Nr. 6310 S. 7601 ff.
[123]) RGBl. S. 1179.
[124]) Bumke S. 7/8.

der Rechtspflege noch Erträglichen zu vereinfachen und zu verbilligen[125]). Man erkannte, „daß ein geschlagenes und verarmtes Volk auch auf dem Gebiete der Rechtspflege auf alles Entbehrliche und selbst auf Dinge verzichten müsse, die in besseren Tagen unentbehrlich erschienen. Die Frage war nicht mehr, wie die Strafrechtspflege am besten, sondern wie sie am sparsamsten und einfachsten zu gestalten sei“[126]). Auf der anderen Seite begegnete sich dieser Zweck mit den seit langem erwogenen Reformplänen auf Einschränkung des ausnahmslosen Legalitätsprinzips[127]).

Bei Übertretungen[128]) ist die Anklagepflicht des Staatsanwalts im Falle geringer Schuld des Täters und unbedeutender Folgen der Tat durch ein Anklageverbot ersetzt. Dieses gilt jedoch nicht ausnahmslos. Trotz des Vorliegens der Voraussetzungen (geringe Schuld des Täters, unbedeutende Folgen der Tat) hat der Staatsanwalt einzuschreiten, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt. Damit hat das Opportunitätsprinzip, das durch die Worte „werden nicht verfolgt“ auf den ersten Blick ausgeschlossen zu sein scheint, doch noch insofern Eingang gefunden, als die Prüfung, ob ein öffentliches Interesse vorliegt oder nicht, eine reine Ermessensfrage der Staatsanwaltschaft ist[129]). Für Vergehen ist im § 23 Abs. 2[130]) die Bestimmung getroffen, daß die Staatsanwaltschaft bei geringer Schuld des Täters und unbedeutenden Folgen der Tat mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der Anklage absehen kann. Das Erfordernis des fehlenden öffentlichen Interesses an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung zum Unterlassen der Strafverfolgung ist hier nicht aufgestellt. Das will aber nicht heißen, daß die Staatsanwaltschaft auch dann von der Anklageerhebung absehen darf, wenn ein öffentliches Interesse tatsächlich vorhanden ist. Vielmehr ersetzt

---

[125]) Bericht des Fünfzehnerausschusses des Reichstags bei Bumke S. 96.

[126]) Bumke S. 6.

[127]) Herrnstadt (S. 3—12) sieht den Grund für die Schaffung des § 23 der Verordnung in der Niederlegung der fortschrittlichen Gedanken des Individualismus in der Strafrechtspflege. Er hält § 23 für den ersten gesetzgeberischen Sieg des Gedankens, daß jede in Rede stehende Tat für sich zu betrachten und es zu prüfen sei, ob im einzelnen Fall ein strafwürdiges Tun vorliege. Diese Ansicht ist unhaltbar gegenüber der Tatsache, daß jeweils für Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eine Sonderreglung besteht und nicht alle Straftaten gleich behandelt werden.

[128]) § 23 Abs. 1 = § 153 Abs. 1 StPO.

[129]) Klann, Die Stellung des Verletzten nach § 153 StPO. ..., JRsch. 1930 S. 140; Bernstdorf S. 27; Zwickel S. 10; A. M.: Lobe, Zur Reform des Strafprozesses, GS. 96 S. 42.

[130]) § 23 Abs. 2 der Verordnung = § 153 Abs. 2 StPO.

das Wort „kann“ im Abs. 2 den Hinweis auf das öffentliche Interesse im Abs. 1[131]). Das reine Opportunitätsprinzip ist aber insofern nicht eingeführt worden, als die Nichterhebung der Anklage im einzelnen Fall an die Zustimmung des Amtsrichters gebunden ist. Es gilt das gleiche, was zu § 23 Abs. 2 des JGG. gesagt wurde: es handelt sich um eine Abschwächung des Legalitätsprinzips, ein eingeschränktes Opportunitätsprinzip.

Eine weitere Durchbrechung des Legalitätsprinzips geschah dadurch, daß man wie im § 178 des Entwurfs von 1919 für diejenigen Straftaten das Opportunitätsprinzip einführte, bei denen eine Bestrafung zu erwarten ist, die neben einer Strafe, zu der der Beschuldigte wegen einer anderen Tat rechtskräftig verurteilt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, nicht ins Gewicht fällt[132]).

Bei der Besprechung der Regelung der Durchbrechungen des Legalitätsprinzips durch die Verordnung vom 4. Januar 1924 halten sich zahlenmäßig die Befürworter und Gegner etwa die Wage. Der 33. Juristentag (1924) kam, ohne in den Referaten und Diskussionen näher auf das Legalitätsprinzip einzugehen, „zur Billigung der VO. vom 4. Januar 1924 in der Hauptsache“[133]). Begrüßt wurden die Ausnahmen vom Verfolgungszwang weiter von Lobe[134]), Bender[135]), Nagler[136]), Steinbeck[137]) und Feisenberger[138]). Nagler[139]) zählt § 153 StPO. zu den wirklichen Fortschritten der letzten Prozeßentwicklung. Bender[140]) meint, daß Fähigkeit, Gewissenhaftigkeit, Ausdauer und Dienstfreudigkeit der Staatsanwälte ungleich wichtiger als der Verfolgungszwang seien und befürwortet aus diesem Grund die Reform. Steinbeck[141]) gibt der

---

131) Mannheim, Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes, JW. 1924 S. 1646 ff., hier S. 1647.

132) § 24 der VO. = § 154 StPO.

133) Vgl. JW. 1924 S. 1653.

134) Lobe, Zur Würdigung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, DJZ. 1924 Sp. 81 ff.

135) Bender, Zur Wertung der VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. 1. 1924, JW. 1924 S. 1651 ff.

136) Nagler, Zur Einschätzung der VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, GS. 90 (1924) S. 398 ff.

137) Steinbeck, Die Strafprozeßreform und die Staatsanwaltschaft, DJZ. 1924 Sp. 506 ff.

138) Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafprozesses in Aussicht zu nehmen sein? DJZ. 1928 Sp. 1232 ff.

139) Nagler a. a. O. S. 425.

140) Bender a. a. O. S. 1652.

141) Steinbeck a. a. O. Sp. 509.

Hoffnung Ausdruck, daß das freie und hohe Recht der Staatsanwaltschaft, Straftaten unverfolgt zu lassen, nicht durch einengende Anordnungen ängstlicher Naturen illusorisch gemacht werde. Feisenberger[142]) glaubt sagen zu können, daß das Legalitätsprinzip noch weiter eingeschränkt werden könne. Von den Gegnern[143]) der Regelung der Ausnahmen vom Legalitätsprinzip wird vor allem wieder auf die Gefahr einer willkürlichen und einzelne Klassen und Richtungen begünstigenden Strafrechtspflege aufmerksam gemacht. Die Durchbrechungen des Legalitätsprinzips wirkten schlechthin „demoralisierend", „machten die Frage der Anklageerhebung geradezu zu einem Handelsobjekt"[144]) und rufe das in dieser Zeit besonders gefährliche „Gespenst der Klassenjustiz" herbei[145]). Durch das Erfordernis der Zustimmung der Amtsrichter zum Unterlassen der Strafverfolgung werde der Richter zu einem Organ der Strafverfolgung gemacht[146]). Der deutsche Anwaltsverein gibt seiner Ansicht in einer Entschließung Ausdruck: „die Durchbrechung des Legalitätsprinzips darf nicht in die Hand des örtlich zuständigen Staatsanwalts gelegt werden"[147]).

Während es nach den Besprechungen des Entw. 1919 so schien, als ob grundsätzliche Bedenken gegen eine Erweiterung der Einschränkungen des Legalitätsprinzips nicht mehr vorhanden waren, mehren sich also jetzt wieder die Stimmen, die sich für die strenge Beibehaltung des Legalitätsprinzips einsetzen.

f) Das Absehen von Strafe in den Entwürfen eines Strafgesetzbuchs und das Legalitätsprinzip.

Die Reformarbeiten auf dem Gebiete des Strafprozesses wurden durch die Publikation der Verordnung vom 24. Januar 1924 unterbrochen. Das Interesse wandte sich nach dem Erlaß der Novelle

---

[142]) Feisenberger a. a. O. Sp. 1235.

[143]) Graf v. Pestalozza, Die VO. über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. 1. 1924, JW. 1924 S. 286/87; ders. in der Strafrechtsgruppe des Deutschen Anwaltvereins zur Reform des Strafprozesses und des materiellen Strafrechts, JW. 1924 S. 1653 ff.; Mannheim, Die Durchbrechung des Legalitätsprinzips, JW. 1924 S. 1646 ff.; Drucker, Neuester allerneuester Strafprozeß, JW. 1924 S. 241 ff.; Kantorowicz, Strafprozeßreform, Soz. Monatshefte 1924 S. 333 ff.; v. Staff, Zur Strafprozeßreform, DRZ. 1924 S. 33 ff.; Lobe, Zur Reform des Strafprozesses, GS. 96 (1928) S. 37 ff.

[144]) Graf v. Pestalozza a. a. O. S. 1653/54.

[145]) Drucker a. a. O. S. 244.

[146]) Lobe a. a. O. S. 37 ff.

[147]) Vgl. JW. 1924 S. 1641, 1655.

wieder in erster Linie der Reform des materiellen Rechts, in zweiter Linie der reichsrechtlichen Regelung des Strafvollzugs zu. Aber auch bei den Reformarbeiten auf dem Gebiete des materiellen Rechts spielten Fragen hinein, die mit dem Problem: Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip zusammenhängen, und zwar durch die Einführung der Einrichtung des richterlichen „Absehens von Strafe" in den Strafrechtsentwürfen. Schon der Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs vom Jahre 1909 enthielt im § 83 eine Bestimmung über das Absehen von Strafe durch das Gericht in besonders leichten Fällen bei ausdrücklich im Gesetz genannten Straftaten. Ähnliche Bestimmungen kennt der Gegenentwurf in § 88, der Kommissionsentwurf von 1913 in § 116, der Entwurf von 1919 ebenfalls in § 116 und der Entwurf von 1925 im § 75. Im Entwurf 1927 endlich erhielt die Bestimmung die folgende Fassung[148]): „Wann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen kann, bestimmt das Gesetz besonders[149]). Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Schuld des Täters so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, daß kein Bedürfnis zu einer Bestrafung besteht."

Die Möglichkeit für den Richter, in besonders leichten Fällen einiger ausdrücklich genannter Straftaten von Strafe absehen zu können, ist in diesem Zusammenhang aus zwei Gründen von Wichtigkeit. Einmal war von vornherein geplant, der Regelung der besonders leichten Fälle im materiellen Recht eine entsprechende Sonderbehandlung im Prozeßrecht, insbesondere auch hinsichtlich der Strafverfolgung, folgen zu lassen. Zum anderen decken sich die Zwecke, die mit dem Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen und den Einschränkungen des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips verfolgt werden insofern, als beide Wege den Mißständen, die sich aus der Strafverfolgung von Bagatellsachen ergeben hatten, abhelfen wollten. Im übrigen ist aber das Opportunitätsprinzip durchaus zu unterscheiden von der Einrichtung des richterlichen Absehens von Strafe, wie es der Entwurf 1927 im § 76 vorsieht. Wie sich aus Abs. 2 des § 76 ergibt, gehört die Umgrenzung der besonders leichten Fälle dem materiellen Strafrecht an. Es handelt sich mithin um eine Einschränkung der Norm und Strafdrohung[150]), während das Opportunitätsprinzip die Nichtverfolgung an sich nach dem materiellen

---

[148]) § 76.

[149]) Im Entwurf des Jahres 1927 waren folgende Fälle vorgesehen, bei denen das Gericht von Strafe absehen konnte: §§ 219, 259, 268, 277, 281, 317, 320, 324, 326, 335, 336, 337, 345, 347, 349, 371, Versuch des Vergehens gegen § 253 StGB.

[150]) Lobe, Zur Reform des Strafprozesses, GS. 96 S. 41.

Gesetz strafbarer Handlungen aus Zweckmäßigkeitserwägungen zum Gegenstand hat.

g) Die Entwürfe eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz von 1929 und 1930.

Das Ruhen der Erörterungen um die Prinzipien der Strafverfolgung nach Erlaß der Verordnung vom 4. Januar 1924 fand sein Ende im Jahre 1928. Man war mit der Veröffentlichung des Entw. 1927 des Strafgesetzbuchs angeregt worden, die durch das zu erwartende Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuchs überholten Bestimmungen der StPO. dem materiellen Recht anzupassen. Berndt wies darauf hin, daß in gleicher Weise wie das Gericht nach § 76 des Entw. 1927 von Strafe absehen könne, dem Staatsanwalt die Befugnis gegeben werden müsse, von vornherein die Erhebung der Anklage zu unterlassen[151]). Es entstand die Frage, ob es sich empfehle, eine vollständige Neuschaffung der StPO. vorzunehmen[152]), oder ob es genügend sei, wenn man in Form einer Novelle zur Strafprozeßordnung die notwendigen Veränderungen vornehme[153]). Die ständige Deputation des Juristentages schien der ersten Ansicht zu folgen, als sie auf die Tagesordnung des 35. Juristentages (Salzburg 1928) die Frage setzte: „Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein." Einen breiten Raum im Rahmen dieser Frage nehmen bei den Verhandlungen wiederum die Erörterungen über das Legalitätsprinzip ein. Der 35. Juristentag entschied sich im wesentlichen für die Vorschläge des Referenten Lobe. Folgende Thesen fanden seine Zustimmung[154]): „1. Am Legalitätsprinzip ist festzuhalten. 2. In bestimmten Fällen ist das Legalitätsprinzip durch das Opportunitätsprinzip zu durchbrechen. 3. Am Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft ist festzuhalten." Bemerkenswert ist, daß auch jetzt noch der Juristentag, seinen früheren Beschlüssen entsprechend, an der grundsätzlichen Beibehaltung des Legalitätsprinzips festhält, wenn auch die Bedeutung des Satzes: am Legalitätsprinzip ist festzuhalten, stark durch die These 2 insofern eingeschränkt wird, als nichts darüber gesagt wird, inwieweit und auf

---

[151]) Berndt, Versammlungsbericht der Vereinigung preußischer Staatsanwälte in Essen, MonSchrKrimPsych. 20. Jahrg. 1929 S. 520 ff.

[152]) Goldschmidt, Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? DJZ. 1928 Sp. 1137.

[153]) Dürr, Zur Reform des Strafprozesses, DJZ. 1928 Sp. 1434.

[154]) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 698/99.

welche Weise das Legalitätsprinzip „in bestimmten Fällen zu durchbrechen" ist. Eine besondere Bedeutung kann dem Beschluß des 35. Juristentages aus diesem Grunde nicht zugesprochen werden. Während der Verhandlungen fand die Frage des Verhältnisses des Legalitätsprinzips zum ministeriellen Anweisungsrecht besonders das Interesse der Versammlung. Lobe forderte in seinen „Leitsätzen" Streichung des § 146 GVG.[155]). Dem Beispiel des Korreferenten Höpler[156]) folgend, sprachen sich Graf zu Dohna[157]), Eisler[158]) und Eckstein[159]) gegen die Unabhängigkeit der Staatsanwälte und für die Beibehaltung des § 146 GVG. aus. In der Abstimmung wurde der Vorschlag Lobes abgelehnt[160]).

Die Gesetzgebung folgte nicht der herrschenden Ansicht, daß mit dem Inkrafttreten eines neuen Strafgesetzbuches zugleich eine umfassende Neuordnung des Strafverfahrens verbunden sein müsse, sondern hatte die Absicht, die „dringendsten Reformen des Strafverfahrens" durch das Einführungsgesetz des Strafgesetzbuchs zu regeln. Der „Amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz" vom Jahre 1929, der dem Reichsrat vorgelegt wurde, trifft in seinem Art. 67 Bestimmungen über die vorzunehmenden Änderungen der Strafprozeßordnung. Nach Ziff. 89 des Art. 67 sollte § 153 StPO. durch folgende Vorschrift ersetzt werden: „Übertretungen werden nur dann verfolgt, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt." Abs. 2: „Bei einem Vergehen kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, sofern der Verletzte, dem Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, nicht ausdrücklich widerspricht. Liegt ein besonders leichter Fall vor, in dem das Gericht von Strafe absehen kann, so genügt die Zustimmung des Amtsrichters." Abs. 3 enthält entsprechende Vorschriften für die Einstellung des Verfahrens nach erhobener Klage durch den Richter mit Zustimmung des Staatsanwalts. Art. 67 Ziff. 91 des Entw. eines EGStGB. bringt weitere Durchbrechungen des Legalitätsprinzips für solche Straftaten, die ein ausländisches Interesse berühren. Die Regelung sollte durch Einschaltung der §§ 154 a—h erfolgen.

Der Entwurf geht von der Erwägung aus, daß es in erster Linie Sache des materiellen Rechts sei, die Grenzen zwischen strafbarem

155) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 563.
156) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 605 ff.
157) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 684.
158) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 641 ff.
159) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 669.
160) Verh.d.35.JT. Bd. 2 S. 698.

und nicht strafbarem Tun abzustecken[161]). Er erkennt ferner, daß mit § 76 des Entw. 1927 StGB., der ein Absehen von Strafe nur bei bestimmten Delikten vorsieht, die Fassung des § 153 Abs. 2 StPO. unvereinbar ist, der alle Vergehen unter das Opportunitätsprinzip stellt[162]). Demzufolge wurde das Opportunitätsprinzip bei Vergehen gegenüber dem bestehenden Rechtszustand zunächst etwas eingeschränkt: der Staatsanwalt kann in leichten Fällen mit Zustimmung des Amtsrichters nur in den Fällen die Verfolgung unterlassen, wo nach den Vorschriften des neuen Strafgesetzbuchs auch das Gericht von einer Strafe absehen kann[163]). Diese Einschränkung erleidet aber auf der anderen Seite zugunsten des Opportunitätsprinzips insofern eine bedeutende Ausnahme, als bei allen anderen Vergehen Staatsanwalt und Richter zusammen die Möglichkeit erhalten, die Verfolgung einzustellen, wenn der Verletzte nicht widerspricht. Gegenüber der Verordnung vom 4. Januar 1924 bedeutet das aus dem Grunde eine Erweiterung der Einschränkung des Legalitätsprinzips, als in einem Falle, in dem der Verletzte nicht ausdrücklich widerspricht, die Geringfügigkeit der Schuld und die Unbedeutendheit der Tatfolgen gleichgültig sind. Für Übertretungen bedeutet die neue Fassung des § 153 Abs. 1, daß die Nichtverfolgung, die bisher Ausnahme war, zur Regel erhoben wird. Diese Bestimmung des Entwurfs erhält ein noch schwereres Gewicht dadurch, daß zahlreiche Delikte, die im geltenden Recht Vergehen waren, den Charakter einer Übertretung erhalten sollten[164]). Der Entwurf kann zusammenfassend als Fortschritt in der Richtung auf eine Erweiterung des Ermessens der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgungstätigkeit und als das Legalitätsprinzip weiter einschränkend angesehen werden.

Die Art und Weise der Durchbrechungen des Legalitätsprinzips fand im allgemeinen wenig freundliche Aufnahme. Nur Albert Schmidt[165]) begrüßte die neuen Vorschläge. Er ist der Ansicht, daß die Neuordnung sicherlich mehr als die bisherigen Vorschriften überflüssige Strafverfahren, an deren Durchführung niemand ein Interesse habe, verhindern könne. Es überwiegen die Stimmen, welche den Entwurf ablehnen, dieses Mal mit Klarheit aus

---

161) Mannheim, Der strafprozessuale Gehalt ..., JW. 1929 S. 2673 ff., hier S. 2675.

162) Begründung des Entwurfs S. 56.

163) Kern, Der Einfluß der Strafrechtsreform auf Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JW. 1930 S. 2670 ff., hier S. 2671.

164) Dietz, Die Anklageerzwingung, 1933, S. 12.

165) Schmidt, Albert, Die Stellung der Staatsanwaltschaft nach dem Entw. eines EinfGes. zum Allg. Deutschen StGB., JRsch. 1929 S. 245 ff.

dem Grunde, weil eine Ausdehnung des Opportunitätsprinzips auf alle Vergehen dem Rechtsempfinden des Volkes, das in Deutschland die Verfolgung aller Vergehen als Regel fordere, widerspreche[166]. Die Streichung der einschränkenden Voraussetzungen, die nach § 153 Abs. 2 beim Unterlassen der Strafverfolgung bestanden hätten (geringe Schuld des Täters, unbedeutende Folgen der Tat), bedeute eine „Abdankung des Gesetzes[167], setze an die Stelle eines immerhin noch „objektiven Maßprinzips“ der das Verfolgungsinteresse von Staat und Volk erregenden Delikte einen rein subjektiven Maßstab[168]. Die Zustimmung des Amtsrichters zur Unterlassung der Strafverfolgung in den Fällen des § 76 StGB. sei als Zeichen des Mißtrauens gegen das Institut der Staatsanwaltschaft zu beseitigen[169]. Schärfste Verurteilung erfuhr die Art und Weise der Einschaltung des Verletzten bei der Entscheidung der Frage der Unterlassung der Strafverfolgung. Sie „verleite zu dem übelsten Handel zwischen dem Beschuldigten und dem Verletzten“[170]; das Ergebnis des Zufalls, die vorherige Bearbeitung, eventuell Bestechung des Verletzten einerseits, die persönliche Rachsucht des Verletzten andererseits sei maßgebend dafür, ob eine Straftat verfolgt oder nicht verfolgt werde[171].

Ohne auf die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs des EGStGB. einzugehen, offensichtlich aber durch die neuesten und weitgehenden Pläne zur Einschränkung des Legalitätsprinzips beeinflußt und die Ausführung der Vorschläge befürchtend, nimmt Ludwig[172] noch einmal vom Standpunkt der Bindingschen Lehre von der Strafpflicht zu dem Problem: Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip Stellung. Seine klaren Ausführungen gipfeln in dem aus Bindings Normen[173] zitierten Satz, daß jede ungerechtfertigte Preisgabe des Strafpflichtgrundsatzes das Strafgesetz zum Spott der Allgemein-

---

166) Klann, Soll die Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft aufgegeben werden? DJZ. 1930 Sp. 1006 ff., hier 1007/08.

167) Mannheim, Der strafprozessuale Gehalt des EGStGB., JW. 1929 Sp. 2673 ff., hier S. 2676.

168) Schmidt, Richard, Strafgerichtsverfassung und Strafverfahren nach dem Entw. des EGStGB., GS. 9 (1930) S. 1 ff., hier S. 21.

169) Klann a. a. O. Sp. 1909; im Ergebnis ebenso Hartung, Das Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, JRsch. 1929 S. 123 ff., hier S. 124.

170) Klann a. a. O. Sp. 1008.

171) Schmidt, Richard, a. a. O. S. 22; Hartung a. a. O. S. 124; Exner Mittl. der IKV. Bd. 4 N. F. S. 176.

172) Ludwig, Die Idee der Strafpflicht im Strafrechte, GS. 99 (1930) S. 130 ff.

173) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl. Bd. 1 S. 417 Anm. 4.

heit, den Strafprozeß zum Narren des Verbrechers, den Verletzten zu einem mit Recht empörten Zeugen von dessen Straflosigkeit mache. Der Gedanke der Strafpflicht bedinge die Auferlegung der Strafverfolgungspflicht an die Träger der Verfolgungs- und Klagefunktionen. Allen Lockerungen des Verfolgungszwanges sei entgegenzutreten. Ausnahmen seien nur dann zu rechtfertigen, wenn sie sich vom Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit und der konkreten materiellen Gerechtigkeit aus als „unausweichlich" darstellten[174]). Das bedeutet das Verlangen nach einem strengen Legalitätsprinzip, wie es kaum je konsequenter und starrer vorher gefordert wurde.

Die Warnungen vor weiteren Durchbrechungen des Legalitätsprinzips sind ohne Wirkungen geblieben. Der im Reichsrat erheblichen Abänderungen unterworfene Entwurf des EGStGB. von 1929, der im Jahre 1930 dem Reichstag vorgelegt wurde[175]), wies in dieser veränderten Form dasselbe Bild auf, ging sogar hinsichtlich der Einschränkungen des Legalitätsprinzips noch über die Reichsratsvorlage hinaus. Es ist bezeichnend, daß dieser Entwurf, der zugleich der letzte war, der eine umfassende Regelung des Strafverfolgungsrechts zum Gegenstand hatte, der mithin am Ende einer langjährigen Entwicklungszeit stand, zugleich am weitesten in den Durchbrechungen des Legalitätsprinzips ging.

§ 153 Abs. 1 ist noch schärfer gefaßt als früher: Übertretungen werden nur verfolgt, wenn es das öffentliche Interesse erfordert. Für das Unterlassen der Strafverfolgung von Vergehen ist nicht mehr immer die Zustimmung des Richters erforderlich: in Fällen, in denen der Richter von Strafe absehen kann, wird dem Staatsanwalt allein die Befugnis zugesprochen, von einer Verfolgung Abstand zu nehmen. Bei den übrigen Vergehen ist zum Absehen von der Anklageerhebung wie bisher die Zustimmung des Richters nötig, doch kann der Verletzte nicht mehr durch seinen ausdrücklichen Widerspruch das Unterlassen der Strafverfolgung verhindern. Von der Verfolgung sollte ohne weiteres abgesehen werden können, wenn weder ein öffentliches, noch ein berechtigtes Interesse des Verletzten an der Bestrafung bestand (§ 153 Abs. 2 Satz 2). Eine Neuerung auf dem Gebiete der Durchbrechungen des Legalitätsprinzips bringt die Reichstagsvorlage im § 153a: „Hängt die Entscheidung der öffentlichen Klage wegen

---

[174]) Ludwig a. a. O. S. 132, 142, 155; Ludwig will das Opportunitätsprinzip nur für Übertretungen, für die Verfolgung von Auslandsverbrechen und für die Fälle des heutigen § 154 gelten lassen (S. 142/43).
[175]) Drucks. des Reichstags 1930 Nr. 2070.

eines Vergehen von der Beurteilung einer Frage ab, die nach bürgerlichem Recht oder nach Verwaltungsrecht zu beurteilen ist, so kann die Staatsanwaltschaft zur Austragung der Frage im bürgerlichen Streitverfahren und im Verwaltungsstreitverfahren eine Frist bestimmen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen." Mit dieser Bestimmung wurde der Zweck verfolgt, Strafprozesse zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zu vermeiden, da ein Interesse des Staates an der Bestrafung nicht vorliegt. Der Entwurf des EGStGB. verfiel mit der Auflösung des Reichstags dem Untergange. Er fand im allgemeinen gleich ungünstige Aufnahme wie seine Vorgängerin, die Reichsratsvorlage [176]) [177]).

h) Das deutsche Auslieferungsgesetz.

Eine wichtige zum Gesetz gewordene Ausnahme des Legalitätsprinzips hat die Bestimmung des § 50 Nr. 1 des Auslieferungsgesetzes vom 23. Dezember 1929 [178]) durch den hinter § 154 StPO. eingefügten § 154a hinzugefügt, nach dem von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden kann, wenn der Beschuldigte entweder wegen derselben Tat einer ausländischen Regierung ausgeliefert wird oder die Auslieferung wegen anderer Taten erfolgt und die voraussichtliche inländische Bestrafung neben der zu erwartenden ausländischen nicht ins Gewicht fällt. In der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs [179]) wird darauf hingewiesen, daß nach der bisherigen Gepflogenheit des deutschen Auslieferungsverkehrs erst dann eine Auslieferung in Frage komme, wenn der Verfolgte der deutschen Strafrechtspflege Genüge getan habe. In den genannten Ausnahmefällen sei es jedoch mit dem Interesse der inländischen Rechtspflege vereinbar, von der Strafverfolgung Abstand zu nehmen, um die alsbaldige Auslieferung zu ermöglichen.

---

[176]) Vgl. Klann, Soll die Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft aufgegeben werden? DJZ. 1930 Sp. 1006 ff. und Hartung, Reform des Strafverfahrens nach dem EGStGB., JW. 1930 S. 2498 ff.

[177]) § 153 Abs. 1 u. § 153a wurden Gesetz durch die §§ 2, 3 des Kap. I d. 6. Teils der NotVO. vom 6. 10. 1932.

[178]) RGBl. I S. 239.

[179]) Abgedruckt bei Mettgenberg S. 442.

V. Die neueste Zeit.

Auch die neueste Zeit seit der Machtübernahme durch Adolf Hitler brachte für die Geschichte des Legalitätsprinzips einige neue Probleme.

Beachtenswert für die Stellung des preußischen Justizministers zu der Frage des Verhältnisses des Legalitätsprinzips zum ministeriellen Anweisungsrecht nach § 146 GVG. war die Rundverfügung des Justizministers Kerrl vom 6. April 1933. In dieser allseitig begrüßten Verfügung hatte dieser die Strafverfolgungsbehörden angewiesen, studentische Schlägermensuren künftig nicht mehr zu verfolgen, obwohl sich das Reichsgericht in zwei allerdings sehr umstrittenen Plenarentscheidungen[180]) eindeutig dafür entschieden hatte, daß solche Mensuren als Zweikampf mit tödlichen Waffen im Sinne des § 201 StGB. anzusehen und als strafbar zu erklären seien. Es muß hierin die Inanspruchnahme des Rechts der obersten preußischen Justizverwaltung gesehen werden, Unterlassungen von Strafverfolgungen anzuordnen, obwohl an sich nach dem Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO. ein Einschreiten der Staatsanwaltschaft erforderlich wäre. Der Justizminister stellte sich mithin auf die Seite der vielfach vertretenen Ansicht, daß er selbst an das Legalitätsprinzip nicht gebunden sei.

Die neueste Gesetzgebung bringt eine Anzahl teilweise recht einschneidender Durchbrechungen des Legalitätsprinzips. Einmal wurde auf dem bisherigen Weg fortgefahren, für die Fälle des sogenannten objektiven Strafverfahrens grundsätzlich das Opportunitätsprinzip gelten zu lassen. An zahlreichen Beispielen der Vorkriegszeit wurde diese Tendenz bereits gezeigt. Die Zeit von 1914 bis 1933 vermehrte diese Fälle beträchtlich[181]). Durch die Gesetzgebung des Kabinetts Hitlers kamen noch einige weitere Fälle hinzu[182]).

---

[180]) RGSt. Bd. 8 S. 87, Bd. 60 S. 257.

[181]) § 379 der RAO. vom 13. 12. 1919; § 20 Abs. 1 Satz 2 des Lichtspielges. vom 12. 5. 1920 in der Fassg. d. Gesetzes vom 23. 12. 1922; § 3 Abs. 2 des Reichsgesetzes über den Schutz des zur Anfertigung von Schuldurkunden des Reichs und der Länder verwendeten Papiers gegen unbefugte Nachahmung vom 3. 7. 1925; § 6 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes zur Bewahrung der Jugend vor Schund- u. Schmutzvorschriften vom 18. 12. 1926; § 14 Abs. 2 des Gesetzes über den Verkehr mit Lebensmitteln u. Bedarfsgegenständen vom 5. 7. 1927; § 25 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über Schußwaffen u. Munition vom 12. 4. 1929; § 3 Abs. 2 des Gesetzes gegen Waffenmißbrauch vom 12. 4. 1931; § 1 Teil 7 d. NotVO. vom 6. 10. 1931, durch den § 86 a StGB. eingeführt wurde.

[182]) § 86 a Abs. 2, § 93 a Abs. 3 StGB. (eingefügt durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts u. des Strafverfahrens

Erhebliche Einschränkungen des Legalitätsprinzips wurden in dem Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 niedergelegt. Durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher ist im Gegensatz zu früher die Möglichkeit geschaffen worden, in einem Hauptverfahren über die Tat eines Zurechnungsunfähigen zu entscheiden, bei dem sich die Zurechnungsunfähigkeit bereits vor der Eröffnung des Hauptverfahrens herausgestellt hatte. Das Gericht kann in einem solchen Fall die Unterbringung des Zurechnungsunfähigen in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Da diese Maßnahme keine Strafe ist, war es erforderlich, ein besonderes Verfahren einzuführen, was durch Art. 3[183]) des Ausführungsgesetzes geschehen ist. Das sogenannte Sicherungsverfahren — eines der besonderen Verfahrensarten des 6. Buches der StPO. — führte für die Staatsanwaltschaft weitgehend die Geltung des Opportunitätsprinzips ein. Nach dem neueingeführten § 429 StPO. kann die Staatsanwaltschaft, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Beschuldigte eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat und das Strafverfahren wegen der Zurechnungsunfähigkeit nicht durchgeführt wird, den Antrag stellen, die Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- und Pflegeanstalt anzuordnen. Ergibt sich mithin im vorbereitenden Verfahren der Eindruck, daß der Beschuldigte die Tat im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat, so hat der Staatsanwalt drei Möglichkeiten: Entweder kann er nach § 429 a StPO. den Antrag auf Einleitung des Sicherungsverfahrens stellen. Oder er kann die öffentliche Klage erheben; das wird er dann tun, wenn er sich über die Zurechnungsunfähigkeit nicht ganz im klaren ist. Endlich besteht die Möglichkeit, daß die Staatsanwaltschaft den Straffall überhaupt nicht vor das Gericht zur Aburteilung bringt, sondern die Unterbringung des Geisteskranken in eine Heil- und Pflegeanstalt durch die Verwaltungsbehörden veranlaßt, die nach Maßgabe des Landesrechts zur Anordnung der Unterbringung nach wie vor befugt sind. Welchen Weg der Staatsanwalt einschlägt, ist in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt. Für die Einleitung des Sicherungsverfahrens gilt uneingeschränkt das Opportunitätsprinzip. Eine Nachprüfung des Ermessens der Staatsanwaltschaft durch das Gericht ist unzulässig[184]).

---

vom 24. 4. 1934) und § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Gewährg. d. Rechtsfriedens vom 13. 10. 1933.

[183]) Ziff. 37.

[184]) Schäfer-Wagner-Schafheutle S. 283; A. M.: Dörffler, Deutsche Justiz 1933 S. 751.

Das Opportunitätsprinzip gilt ferner für einige Fälle der nachträglichen Anordnung des Sicherungsverfahrens und der nachträglichen Entmannung. Ist ein Deutscher im Ausland wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden und liegen bei ihm die Voraussetzungen vor, die bei seiner Verurteilung im Inlande die Anordnung der Sicherungsverwahrung oder der Entmannung gerechtfertigt hätten, so kann die Staatsanwaltschaft den Antrag stellen, die Maßregeln nachträglich anzuordnen (§ 429e StPO., eingefügt durch Art. 3 Ziff. 37 des Ausführungsgesetzes). Ebenso kann auf Grund der Übergangsbestimmungen die Sicherungsverwahrung oder nachträgliche Entmannung unter bestimmten Voraussetzungen bei im Inlande bereits abgeurteilten Verbrechern von der Staatsanwaltschaft beantragt werden (Art. 14 des Ausführungsgesetzes).

Schluß.

Die Tatsache, daß das Legalitätsprinzip in seiner heutigen, im § 152 Abs. 2 StPO. niedergelegten Gestalt seine Einführung dem Liberalismus zu verdanken hat, läßt die Frage entstehen, ob bei der vorzunehmenden Strafprozeßrechtsreform im nationalsozialistischen Staat mit dem Prinzip zugunsten des Opportunitätsprinzips gebrochen werden muß. Die Reformarbeiten im Reichsjustizministerium sind im vollen Gange, eine Veröffentlichung der Ergebnisse ist bis auf den heutigen Tag jedoch nicht erfolgt. Noch ist nicht zu übersehen, für welches Prinzip man sich in der neuen Strafprozeßordnung entscheiden wird. Man kann nicht ohne weiteres sagen, daß die nationalsozialistische Staats- und Rechtsidee das Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip als Regel fordert. Vielmehr läßt sich vom Standpunkt des Nationalsozialismus für und gegen beide Prinzipien etwas anführen. Zunächst kann vorausgeschickt werden, daß die Tatsache, daß das Legalitätsprinzip ein Kind des Liberalismus ist, nicht ohne weiteres zu dem Schluß führen muß, daß es im nationalsozialistischen Staat keine Berechtigung mehr hat. Der Liberalismus hat gerade für den Strafprozeß Neuerungen gebracht, an deren Abschaffung man heute nicht denkt. So wird das Institut der Staatsanwaltschaft auch im kommenden Strafprozeß beibehalten werden. Strafverfolgung und Entscheidung müssen zwei verschiedenen Personen übertragen bleiben; die Person, welche die Aufdeckung des Verbrechens und Überführung des Verbrechers zur Aufgabe hat, darf nicht zugleich darüber ent-

scheiden, ob jene erste Aufgabe geglückt ist [1]). Ebenso wird mit dem Grundsatz des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft nicht gebrochen werden; im Gegenteil werden die Fälle, in denen heute durch das Institut der Privatklage Privatpersonen bei der Strafverfolgung beteiligt werden, beseitigt werden; denn der Staat allein muß entscheiden, ob Sühne für die die Gemeinschaft gefährdende Straftat zu fordern ist [2]).

Bei der Behandlung der rechtspolitischen Frage, ob im künftigen Strafprozeß das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip als Regel zu gelten hat, entfallen zum größten Teil die Argumente, die in früherer Zeit die Anhänger des Legalitätsprinzips für die Begründung ihrer Ansicht vortrugen. Das Legalitätsprinzip kann nicht mehr damit gerechtfertigt werden, daß der Staat eine Strafpflicht habe, der einzelne Staatsgenosse einen Anspruch gegen den Staat auf satzungsgemäße Strafe. Das Interesse des Individuums an der Bestrafung des Verbrechers muß notwendig unbeachtlich dafür sein, ob eine einzelne Straftat verfolgt wird oder nicht. Die verbrecherische Handlung ist Verletzung der vom Staate aufgestellten Verbots- und Gebotsnormen; das Interesse des Staates allein entscheidet daher, ob Bestrafung einzutreten hat oder nicht. Die Frage nach dem Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip de lege ferenda muß daher heißen: hat der Staat ein Interesse daran, daß alle Verletzer materieller Strafrechtsnormen der im Gesetz angedrohten Strafe zugeführt werden, oder wird dem Interesse des Staates bei der Strafrechtspflege besser gedient, wenn vor der Erhebung der öffentlichen Klage von dem zur Strafverfolgung berufenen staatlichen Organ geprüft wird, ob im einzelnen Fall unter Berücksichtigung des Staatsinteresses auch eine Bestrafung des Täters zweckmäßig ist. Es ist sicher, daß gerade der nationalsozialistische Staat strengste Einhaltung des Gesetzes von jedermann verlangen muß. Das gilt vor allem, wenn nach Fertigstellung des neuen Strafgesetzbuches eindeutig feststeht, welches Tun nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung strafwürdig ist. Es liegt daher im Interesse des Staates, daß jeder Gesetzesbrecher der im Gesetz vorgesehenen Strafe zugeführt wird. Hiernach würde dem Legalitätsprinzip bei der kommenden Strafprozeßrechtsreform der Vorzug zu geben sein. Andererseits kann es Fälle geben, wo eine Bestrafung nicht im Interesse des Staates liegt, ja sogar dem Interesse des Staates zuwiderläuft. Es muß ein Weg gefunden werden, daß

[1]) Exner, Richter, Staatsanwalt u. Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW. 1934 S. 6.

[2]) Thierack, Grundzüge eines nationalsozialistischen Strafprozesses ..., Ztschr. d. Akademie f. deutsches Recht 1935 S. 94.

in solchen Fällen nicht strafwürdiger Handlungen von einer Bestrafung abgesehen werden kann, und es entsteht die Frage, ob aus diesem Grunde die Einführung des Opportunitätsprinzips zu befürworten ist. Das wäre nur dann zu bejahen, wenn das Opportunitätsprinzip die einzige und beste Möglichkeit wäre, in solchen Fällen eine Bestrafung zu verhindern. Es ist davon auszugehen, daß die Fälle, in denen von einer Strafverfolgung abgesehen werden kann, immer nur Ausnahmen bleiben, damit die Autorität des Strafgesetzes nicht leidet. Es besteht daher kein zwingender Grund dafür, dem einzelnen örtlich zuständigen Staatsanwalt das Recht zu geben, bei mangelndem oder entgegenstehendem Staatsinteresse die Strafverfolgung zu unterlassen. Die Entscheidung der Frage muß vielmehr von den maßgebenden obersten politischen Stellen getroffen werden. Man könnte daran denken, das Legalitätsprinzip als Regel zu belassen und den Justizminister als nicht an das Legalitätsprinzip gebunden zu erklären. Das Einwirkungsrecht der regierenden Gewalt auf die Strafrechtspflege zur Wahrung der staatlichen Interessen dürfte aber genügend durch das Abolitionsrecht gewahrt sein. Ferner besteht die Möglichkeit, bei bestimmten Deliktsgruppen die Strafverfolgung nur auf Anordnung oder mit Zustimmung bestimmter politischer Stellen des Staats oder der Partei eintreten zu lassen, wie dies in einigen Gesetzen der neuesten Zeit geschehen ist[3]).

Der Gültigkeit des Legalitätsprinzips im kommenden Strafprozeß tritt Siegert[4]) mit der Begründung entgegen, daß das Prinzip einer „formal rechtsstaatlichen Ära“ angehört habe. „Der Staatsanwalt als Führer“ müsse freie Hand über Einleitung des Verfahrens haben. Demgegenüber treten Exner[5]) und Henkel[6]) für die grundsätzliche Geltung des Legalitätsprinzips ein. Letzterer weist mit Recht darauf hin, daß gerade der Führergedanke nicht ohne weiteres das Opportunitätsprinzip fordere. Dem Führungsanspruch, den im nationalsozialistischen Staat der Gesetzgeber für sich in Anspruch nehme, unterliege nicht nur der Strafrichter, sondern auch der Staatsanwalt, der sich bei seinem Vorgehen nach dem gegebenen materiellen und formellen Recht

---

[3]) §§ 90 b Abs. 3, 90 e Abs. 2, 90 i Abs. 3 StGB. (eingefügt durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. 4. 1934) Art. 1, §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 3, § 4, § 5 des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen vom 20. 2. 1934.

[4]) Siegert, Richter, Staatsanwalt u. Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW. 1934 S. 14 ff., hier S. 25.

[5]) Exner a. a. O. S. 8.

[6]) Henkel, Richter, Staatsanwalt u. Beschuldigter, im Strafprozeß des neuen Staates, ZStrW. 1934 S. 35 ff., hier S. 38/39.

richte. Führe man das Opportunitätsprinzip ein, so löse man dadurch den Dualismus der Führung im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und politischer Führung (Justizministerium) durch eine ganz einseitige Überbetonung der letzteren, die Bedenken erregen müsse.

Die Beibehaltung des Legalitätsprinzips als Regel erscheint aus diesem Grunde für wünschenswert. Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Vertrauen in die Rechtspflege werden der Vorteil sein. Ausnahmen sind nach wie vor für die geringfügigen Straftaten zu machen. Man wird aber davon ausgehen müssen, daß Strafverfolgung und Entscheidung reinlich getrennt werden. Die Zustimmung des Amtsrichters zum Unterlassen der Strafverfolgung, wie im § 153 Abs. 2 muß daher notwendig abgeschafft werden. Die Staatsanwaltschaft muß in den Fällen, in denen das Opportunitätsprinzip gilt, ihre Entscheidungen allein treffen können.

Lebenslauf.

Ich wurde am 29. September 1911 als Sohn des damaligen Oberlehrers, heutigen Oberschulrates Dr. Wilhelm Hertz und seiner Ehefrau Käthe, geb. Miowsky, in Flensburg geboren. Von 1917 bis 1921 besuchte ich die Vorschule in Kiel-Wellingdorf, von 1921 bis 1926 die staatliche Realschule in Kiel-Wellingdorf und von 1926 bis 1930 die Bessel-Oberrealschule in Minden in Westfalen, wo ich Ostern 1930 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte dann drei Semester in Freiburg i. Br., ein Semester in Berlin und drei Semester in Königsberg i. Pr. Rechtswissenschaften. Am 3. März 1934 bestand ich vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Königsberg i. Pr. das Referendarexamen und befinde mich seitdem im Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm. Am 9. April 1935 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.